ANTONII MATTHAEI JC.

ILLUSTRI ACADEMIA ULTRAJECTINA ANTECESSORIS

COMMENTARIUS

ad

LIB. XLVIII. DIG.

DE CRIMINIBUS

ADIECTA EST BREVIS, ET SUCCINTA IURIS MUNICIPALIS INTERPRETATIO

EDITIO PRIMA FLORENTINA

IN SEX VOLUMINIBUS DISTRIBUTA

ET ADNOTATIONIBUS AUCTA

THOMAE NANI JC.

IN TICINENSI ARCHIGYMNASIO IURIS CRIMINALIS ANTECESSORIS.

VOL. V.



FLORENTIAE 1825.

EX TYPOGRAPHIA IOSEPHI PAGANI.

Super. Permiss.

Perspicuo poteris fonte levare sitim.
A. Nauger. *Lus.* IX. *vers. ult.*

LIB. XLVIII. DIGEST. TIT. XIII.

DE ACCUSATIONIBUS.

CAPUT. I.

Qui accusare non possunt.

1. *Quid accusatio? ut differat ab actione?*
2. *An mulier accusare possit?*
3. *An pupilli, et minores?*
4. *An servi?*
5. *An filius familias?*
6. *An milites?*
7. *An Magistratus?*
8. *An infames rei, et de calumnia suspecti?*
9. *An pauperes?*
10. *An qui in duos iam inscripsit, aut pecuniam accepit?*
11. *An inimicus capitalis?*
12. *An clerici? et quatenus salva conscientia alios accusare possimus?*
13. *An viri clarissimi? et quid inter delatorem et accusatorem?*
14. *An familiares personae?*
15. *An coniux coniugem?*
16. *An frater fratrem, cognatus cognatum?*

Huc usque crimina cum privata, tum publica enumerata sunt; admonet nunc ordinis ratio, ut ad accusationes, et iudiciorum processum transeamus. Accusatio nihil est aliud, quam criminis ad iudicem delatio, atque exsequutio, vindictae publicae causa facta. Dicta a causa ut recte Hottomannus contra Priscianum observavit; quemadmodum et incusatio, recusatio, excusatio; non a cudo, vel cuso. Qui delationem tantum definiunt, angustius finire videntur; accusatio enim a delatione distat, tanquam totum a parte; quippe quae non delationem modo, sed et inscriptionem, et litis contestationem, et probationem criminis complectitur, ut Cicero *pro Coel*, *Accusatio crimen desiderat, hominem ut notet, argumento probet, teste confirmet*. Ex hac porro definitione intelligimus, multum inter actionem et accusationem interesse, recteque haec opponi, *pr. Inst. de publ. iud*, *L. ult D. de priv. del.*; tametsi alicubi latius acceptum actionis verbum comprehendat sub se accusationem, ut *tit. C.* 1

Quand. civ. act. crim. praeiud, *L.* 2 *et* 4. *C. de edend.*, *L. in Senatusconsultum* 25. §. *si propter mortem D. ad SC. Turpil.*, *L.* 4. *C. de auct. praest.*, *L.* 2 *C. Th. ad Leg. Corn. de fals.* Etenim accusamus nocentes; agimus etiam adversus innocentes, id est, nullius criminis sibi conscios. Actione id quod nostrum est, vel quod nobis abest; accusatione publicam vindictam persequimur. Accusatio inscriptionem desiderat; non desiderat actio. Actiones, exceptis paucis popularibus, privatae sunt; accusationes vel publicae, vel privatae.

Partes accusationis plures sunt, quarum nonnullas praesenti titulo enarrabimus; reliquas, quarum diffusior tractatus est, suo quamque titulo expondituri. Enarrabimus autem praesenti titulo capita sequentia. I. Qui accusare non possint: II. Si plures accusare volent, quid iuris: III. Qui accusari non possint: IV. An per alium reus vel accusari, vel defendi possit: V De iudice, et foro competente: VI. De delatione nominis, et inscriptione in crimen: VII De praescriptionibus dilatoriis, citatione absentis interrogationibus, et litis contestatione: VIII. De iureiurando iudicum, et calumniae: IX. De die prodicta, accusatione, comperendinatione: X. De anticategoriis: XI. De dilationibus. De custodia vero et exhibitione reorum, de probationibus, quaestionibus, sententia, eiusque exsequutione, poenis, abolitionibus, inquisitionibus, peculiaribus titulis acturi. Inspectionem autem de personis accusationis partem fecimus, adducti loco Rhetor. *ad Heren. lib.* 1., ubi Rhetor testatur, in publicis quaestionibus caveri legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi liceat accusare, necne.

Igitur quod ad personas attinet, variae recensentur caussae, ob quas accusandi iure quibusdam interdicitur. Et iis tamen ipsis, quibus interdicitur, certa nihilominus crimina accusare licet; veluti maiestatis, annonae, census fraudati, licet etiam suam suorumve iniuriam persequi, *L. hi tamen* 11., *L. mulierem* 13. *C. de accus.*, *L. famosi* 7., *et L. seq. D. ad Leg. Jul.*

mai. Propter sexum accusare prohibetur mulier, prae- 2
terquam enim quod parum decore coetibus virorum miscetur, etiam ad accusandum proclivis nimis est; nec, ut Poëtae verbis utar, ulla fere causa est, in qua non femina litem moveat; accusat Manilia, si rea non est. Eadem tamen admittitur ad accusandum, si suam, suorumve iniuriam persequatur, id est, eorum, in quos ex lege testimonium invita non dicit *L.* 1. *et* 2. *D. h. tit.*, *L.* 4. 5. 9. 14. *C. Qui accus. non pos.*, *L. etsi* 19. *C. ad L. Corn. de fals.*, quo casu etiam inscriptionis necessitas ei remittitur, *L. de crimine* 12. *C. Qui accus. non pos.* Audiuntur etiam in crimine maiestatis, *L. quaestionibus* 8. *D. ad Leg. Jul. maiest.*, annonae fraudatae; *L. mulierem* 13. *D. h. tit.*, *L. ult.* §. *ult. D. ad L. Jul. de ann.* (1), suspecti tutoris, *L.* 1. *consequens D. de sup. tut.* (2). Auditur denique accusans Manichaeum, vel Donatistam; Episcopum, qui data pecunia sacerdotium obtinuit; sacrilegum, qui Episcopo in Ecclesia iniuriam fecit; comparantur enim haec crimina laesae maiestati, *L.* 4. *C. de haeret.*, *L. si quis in hoc* 10., *L. si quenquam* 31. *C. de episc. et*

(1) Si suam, suorumque iniuriam mulier persequatur, ad accusandum admittitur, remissa eidem inscriptionis necessitate. Aditus ergo Praeses Provinciae examinare in primis debet, an tale sit crimen, cuius accusationem mulier subire non prohibeatur. Vid. *cit.* L. 12. C. *de his qui accus. non poss.* Ad maiestatis autem et fraudatae annonae crimen quod attinet, mulier non poprie ad accusandum, sed tantum ad deferendum ipsum crimen admittitur. Equidem in *cit.* L. 8. D. *ad L. Jul. maiest.* Papinianus ait in quaestionibus laesae maiestatis etiam mulieres audiri, exemplum proferens coniurationis Sergii Catilinae quam Julia mulier detexit, cuiusque indicium Marcum Tullium consulem instruxit. Quis porro ignorat nominatam Mulierem coniurationem Consuli tantum indicasse, non vero accusationem instituisse? Etiam *cit. L. ult.* §. *ult.* D de L. *Jul. de annon.* de simplici fraudatae annonae nunciatione loquitur = *Et si non solent hoc genus nunciationis mulieres exercere, tamen quia demonstraturam te, quae ad utilitatem annonae pertinent, polliceris, Praefectum annonae docere potes.*

(2) Suspecti tutoris postulatio non vera accusatio est, cum potius ad utilitatem pupilli a Tutore non ex fide gerente interversam, quam ad publicam animadversionem referatur. Hinc Ulpianus, non accusationem, sed *actionem quasi publicam* eam appellat in L. 1. §. 6. *de susp. tut.*

Confer. Decia. 3. tract. crim. 7. n. 18.

cler. (3) Quod autem falsi quoque crimen nonnulli excipiunt per *L.* 2. *D. h. tit.*, id non possum probare. Non enim hoc vult Papinianus, mulierem omne falsum accusare posse; sed posse accusare adulterantes testamenta eorum, in quos ipsa invita testimonium non dicit. Proponitur igitur exemplum duntaxat eius exceptionis, qua diximus, mulierem admitti, si suam suorumve iniuriam persequatur *L. etsi ad te* 19. *C. ad Leg. Corn. de fals.*

Propter aetatem accusare non possunt pupilli; possunt tamen et hi ex consilio tutorum suam, suorumve iniuriam persequi; veluti mortem patris, avi, etc. Possunt etiam de testamento patris adulterato, de vitiato instrumento accusationem instituere, *L.* 2. §. 1., *L.* 8. *D. de accusat.*, *L.* 5. *C. Qui accus. non poss.*, *L.* 4. *C. de auct. praest.* Maiestatis quoque crimen accusare eos posse non male dixeris, quandoquidem id deferre possunt ii, qui alioqui ius accusandi non habent, *L. famosis* 7., *L. in quaestionibus* 8. *D. ad Leg. Jul. mai.* Quod autem ad puberes minores tamen annis XXV. attinet eos Lex Julia speciatim vetat adulterii accusationem instituere, extra quam si suam iniuriam persequantur, *L. si maritus* 15. §. *lex Julia D. ad L. Jul. de adul.* Inde colligimus etiam minores accusare posse; dum tamen attigerint eam aetatem, qua postulare, et in publicum procedere possunt, id est, aetatem annorum XVII., et in iudicio curator eis adsit, *L.* 1. *D. de postul.*, *L.* 4. *C. de auct. praest.* (4). Et licet com-

(3) Crimina in Textibus hic citatis eatenus tantum laesae maiestati comparantur, quatenus publica ibidem declarata fuere, et publica eorum accusatio admissa.

(4) Minoribus XXV. ann. accusatiore generatim non esse interdictum probetur potissimum ex L. 14. D. *de bon. libert.* §. 1. = *Si vero accusaverit minor* (libertum capitis) *dicendum est hunc non excludi* (a contra tabulas bonorum possessione), *sive ipse, sive tutor eius vel curator accusaverit.* Nonnullos autem ea ipsa die, qua togam sumpserunt, accusationem instituisse testimonium perhibet Valerius Maximus referens M. Cottam ea ipsa die, qua virilem sumpsit togam, protinus, ut e capitolio descendit, C. Carbonem, a quo pater eius damnatus fuerat postulasse; peractumque reum iudicio adflixisse. Vid. *Lib.* V. *Cap.* 4. *extr.* 4.

munis schola requirat in accusatore minimum annos xx., eo quod minor annis xx. testis in criminalibus causis esse nequit, *L. in testimonium* 20. *D. de testib.*, id tamen minime probandum est; non enim ut in fide testis, ita in fide accusatoris salus rei vertitur. Decia. d. lib. 5. cap. 12. Clar. 5. sent. §. fin. quaest. 14. n. 7. Far. qu 12. n. 16.

4 Propter conditionem suam accusare non possunt servi. Excipitur crimen fraudatae annonae; fraudati census falsae monetae; maiestatis, de quibs servi etiam adversus dominos audiuntur, *L. vix certis* 53. *D. de iud.*, *L.* 7. §. *servi quoque D. ad L. Jul. mai.* Licet etiam servo deferre interfectorem domini sui, *L.* 1. *C. de precib. Imp. offer.* Licet dominum accusare de suppressis tabulis testamenti, in quibus idem servus libertatem sibi relictam esse dicit, *d. L.* 53., *L* 7. *D. ad L. Corn. de fals.* Videndum tamen ne pleraeque exceptiones, quibus adversus dominos servos audiri diximus antiquitate sint per Arcadium et Honorium, qui in *L. pen. C. qui accus. non poss.* excipiunt solum maiestatis crimen. Et licet particula *tantum*, qua Imperatores, utuntur, non reperiatur in *L. un. C. Th. Ne praet. crim. mai. serv. dom.*, tamen cum in Codice Justiniani inserta sit, non poterit ea sine vitio tolli: In primis cum initio *d. L. pen.* dictum sit, servum cuiuscunque criminis in dominum accusatorem emergere non debere; *cuiusqunque*, id est, *nullius* (5). In hanc sententiam eo proclivior sum, quo ea humanior, atque aequior, cuius humanitatis intuitu olim Traianus ne in maiestatis quidem crimine servos adversus dominus audiri voluit, teste Plinio in *Panegyrico* (6).

---

(5) Animadverti oportet in *cit. L. pen. C. qui accus. non poss.* non solum servis, sed etiam familiaribus accusationem interdici adversus eos, quorum familiaritati inhaeserunt. *Familiares* sunt, qui in domo nostra versantur, et agunt. Horum numero procul dubio est alumnus, qui in alicuius domo licet ingenuus prima tamen aetate fuit; nam et hunc ab accusando prohiberi testatur sententia in L. 17. C. d. t. Eodem familiarium numero habendi sunt suscepti, seu Clientes, quos paterfamilias in fidem suam ita suscepit, ut pars quodammodo familiae censeantur, quam ob rem libertis fere coniungi solent Vid. Iac. Gothorf. *in Comment. ad Cod. Theod.* L. 3. *d. tit.*

(6) *Reddita est*, ita Plinius l. c., *amicis fides; liberis pietas, ob-*

V. Dec. 5. ret. crim. 9.

5 Longe diversa, quam servorum, est eorum condicio, qui in potestate parentum sunt, cum in agendo, tum in accusando. Servus enim non habet legitimam personam standi in iudicio, *L.* 44. §. 1., *L.* 53, *D. de iud. L.* 6., *et L.* 7. *seq. eod:* filiusfamilias habet. Nam ex omnibus causis conveniri tamquam paterfamilias potest, *L. tam ex contractibus* 57. *D. eod*, *L. filiusfam.* 39. *D. de obl. et act.* (7); agere etiam tamquam paterfamilias potest ex causa peculii castrensis, et quasi castrensis, *L.* 4. *et* 11. *D. de iud.*, *L.* 2. *D. de SC. Maced.*, *pr. Inst. Quib. non est permis. fac. testam.* Ex causa peculii profectitii patri actio quaeritur, *L.* 9. *D. de O. et A.* Ex causa adventitii pater agit, sed consentiente filio; interdum filius, sed consentiente patre, cum nimirum praeter patris voluntatem aliquid adquisivit; *L. ult. pr. vers. necessitate*, *et* §. *ubi autem C. de bon. quae lib.* Quantum ad accusationem, variant Glossographi in *d. L. ult. vers. necessitate*, nam primo loco tradunt, accusare quidem filiusfamilias posse, sed consentiente patre; secundo vero loco existimant, consensum patris non esse necessarium. Pro hoc posteriori glossemate illud militat, quod in publicis caussis filiusfamilias pro patre familias habetur, *L. filiusfam.* 9. *D. de his qui sunt sui vel. alien. iur.*, *L. nam quod.* 14. *D. ad. SC. Trebel.*, *L. in privatis* 77. *D. de iud.* Sed et in specie de accusatione adulterii a Papiniano responsum est, eam invito patre institui a filiofamilias posse, *L. inter liberas* 6. §. *pen.*, *et L.*

Costal. in l. 17. D. de reb cred.

---

sequium servis. Verentur, et parent et dominos habent. Non enim servi principis nostri amici, sed nos sumus, nec pater patriae alienis se mancipiis cariorem, quam civibus suis credit. Omnes accusatore domestico liberasti unoque salutis publicae signo, illud, ut sic dixerim, servile bellum sustulisti; in quo non minus servis quam dominis praestitisti: hos enim securos, illos bonos fecisti. Non vis interea laudari; nec fortasse laudanda sint, grata sunt tamen recordantibus principem illum, in capita dominorum servos subornantem, monstrantemque crimina, quae tanquam delata puniret, magnum et inevitabile, ac toties cuique experiendum malum, quoties quisque similes principi servos haberet.

(7) Excipienda causa ob SCtum Macedonianum. Vid. *Tit.* in D. *ad SCtum Macedon.* et §. 7. *Inst. lib.* 4. *Tit.* 7.

filiumfamilias 57. *D. ad. L. Jul. de adult.* His tamen non obstantibus verius iudico prius glossema, quod non premit, sed adiuvat Papinianus in *d. L.* 6. §. *pen.* Filiusfam. maritus, inquit, ab eo qui sui iuris est, *in hac Lege* non separatur, Divus quoque Hadrianus Rosiano Gemino rescripsit, et invito patre filium *hac Lege* reum facere posse. Ait *hac Lege*, ut innuat, diversum obtinere in aliis legibus. Rescripsit D. Hadrianus: quid opus rescripto fuit, siquidem et ante rescriptum regula iuris tueri se potuit filiusfamilias? Adhaec cum idem Papinianus in *d. L.* 37. respondet, idcirco permissum esse filiofam. sine voluntate patris reum adulterii facere, quia vindictam proprii doloris exequitur; nonne eo ipso innuit, si vindictam proprii doloris non persequatur, non esse audiendum sine voluntate patris? Quid, quod ne proprium quidem dolorem semper persequi sine patre potest? nam actionem iniuriarum sine consensu patris instituere nequit, nisi pater vilis abiectusque sit, *L. sed si minus* 17. §. *filiofam et* §. *interdum D. de iniur.* Neque vero obest argumentum pro posteriore glossemate adductum, quod in publicis causis filiusfam. pro patrefam. habeatur. Cuiusmodi enim causas publicas JCti intelligant, exempla ab eis adducta satis demonstrant; nempe, ut magistratu fungi, iudex, tutor esse absque patris consensu possit; non etiam ut accusare.

Propter sacramentum accusare non possunt milites; 6 qui stipendia merent; periculum enim, ne hac occasione avocentur a signis. Et hi tamen audiuntur, Decia. lib. 3. cap. 19. cum suam sororumve iniuriam persequuntur, mortemve propinquorum defendunt, aut reum maiestatis deferunt, *L.* 8., *et L. hi tamen omnes* 11. *De accus.*, *L. non prohibentur* 8., *et L. si crimen.* 10. *C. Qui accus. non pos.*, *L. famosi* 7. §. 1. *D. ad Leg. Jul. maiest.* Ad veteranos vero hoc non pertinet; non enim merent, sed emeruere stipendia. Nec obest, quod delatores esse prohibentur, *L. deferre* 18. §. *veterani D. de iur. fisc.* Aliud enim deferre est, aliud accusare, ut in subsequentibus declarabitur (8).

(8) Milites generatim nec deferre, nec accusare possunt.

Decia. lib. 5. crim. c. 15.

7 Propter imperium accusare prohibentur magistratus, et qui potestatem aliquam habent, *d. L.* 8. *D. de accus.* Cum enim ipsi accusari non possint, quandiu cum imperio sunt, *L. pars.* 48. *D. iud.*, aequum est, ut ab aliorum quoque accusationibus se abstineant: in primis, cum iniqua reo cum accusatore potente futura sit concertatio. Quod si minor sit magistratus, id est, sine imperio et potestate, etiam durante magistratu accusare poterit; nam et agere, et conveniri durante magistratu potest, *L. nec magistratibus* 32. *D. de iniur.*

Decia. d. lib. 5. cap. 17. et 24.

8 Ob delictum proprium accusare non possunt infames, *d. L.* 8., *et L.* 4. *de accusat.*, *L. criminis* 15. *C. Qui accus non pos.* Quod de infamia iuris recte intelligunt interpretes. Eaudem ob caussam arcentur ab accusatione, qui ipsi in reatu sunt, donec absoluti fuerint, aut damnati quidem, sed salva libertate, civitate, existimatione, *d. L.* 4. *D. de accus.*, *L. neganda est* 19. *C. qui accus. non pos.*, *L.* 5. *de publ. iud.* In eadem classe censendi videntur. qui de calumnia suspecti sunt; ut, qui falsum testimonium subornati dixeruut: qui calumnia notati sunt: quive praevaritationis calumniaeve caussa quid fecisse iudicio publico pronuntiatus erit: qui, si non iudex eorum existimationi perpecerit, et illa de caussa satis arcentur, quo infames sint, *d. L.* 4. *L.* 7. §. *si tamen*, *L. alii* 9. *D. de accusat.*, *L.* 1. §. *quorum D. ad SC. Turpil*, *L. ob haec verba* 20. *D. de his qui not. infam.* Ratione porro, cur hae personae ab accusationibus arceantur, copiosius ex Cicerone explicare possumus, qui in *Divin.* ait; nihil esse quod minus ferendum sit, quam rationem ab altero vitae reposcere eum, qui non possit,

---

Non accusare, *propter sacramentum*, non deferre *proter honorem stipendiorum*, *quae merent.* Vid. L. 8. D. *de accus.* et L. 18. §. 6. D. *de iur. Fisci.* Veterani quoque *sacris constitutionibus delatore esse prohibentur propter honorem utique, et merita militiae.* Vid. *cit.* L. 18. §. 5. quae ratio, cum tantum delationi conveniat, manifesta res est, Veteranos, quamvis deferre haud possint, accusare tamen posse.

suae reddere. Et in *ead. orat.*, *Nulla salus*, inquit, *reip. maior est, quam eos, qui alterum accusant, non minus de laude, de honore, de fama sua; quam illos, qui accusantur, de capite, ac fortunis suis partimescere. Itaque semper ii diligentissime laboriosissimeque accusarunt, qui se ipsos in discrimen existimationis venire arbitrati sunt. Quamobrem hoc statuere iudices debitis, Q. Caecilium, de quo nulla unquam opinio fuerit, nullaque in hoc ipso iudicio exspectatio futura sit: qui neque ut ante collectam famam conservet, neque uti reliqui temporis spem confirmet, laborat: non nimis hanc caussam severe, non nimis accurate, non nimis diligenter acturum; habet enim nihil, quod in offensione deperdat; ut turpissime flagitiesissimeque discedat, nihil de suis veteribus ornamentis requiret.*

Propter paupertatem arcentur, qui minus, quam L. aureos in bonis habent, *L. nonnulli* 10. *D. de accusat.*, non quod certa divitiarum atque paupertatis defintio sit, cum seculis, regionibus, personis varie mutent; sed ut iudex certi aliquid, quod sequatur haberet. At quid dicemus, pauper quidem sit, integer tamen vitae, scelerisque purus, nonne aequum eo casu admitti? Nam, ut Theognis ait:

Saepe bonis adversa, malis fortuna secunda est.

Quanquam interpretes communiter tradiderunt, hunc repellendum non esse, eo quod a testimonio non repellitur, *L.* 3. *D. de testib.* quodque plus est testimonium dicere, quam accusare, ut supra diximus; mihi tamen eorum sententia minime probatur. Primum, quoniam legum auctoritate caret; frustraque leges certam quantitatem definivissent, si et qui minus in bonis habent, ad accusationem suffragantibus moribus admitti voluissent. Dein, quoniam iudicium de moribus fallax atque incertum est; multi enim latentem improbitatem vultu tegunt; alii mores in deterius mutant, in primis lucri spe affulgente. Leges autem idcirco pauperem accusare vetant; quod suspicio sit, cum praemii duntaxat caussa ad accusationem processurum, eandemque ad divitias affectaturum viam, qua Hispo grassatus est, de quo Tacitus 1.

Decia. d. lib. 3. cap. 22 n. 19. Clar. §. fin. quaest. 14. n. 20. Farin. q. 18. 2. 48.

Annal., *Forman vitae iniit, quam postea celebrem miseriae temporum, et audaciae hominum fecerunt, nam egens, ignotus, inquies, dum occultis libellis saeviciae Principis adrepit, mox clarissimo cuique periculum facessit, potentiam apud unum, odium apud omnes adeptus, dedit exemplum, quod sequuti ex pauperibus divites, ex contemptis metuendi, perniciem aliis ac postremum sibi invenere*. Denique idcirco pauper, quoniam calumniae poena talio est, *L. non prius* 7., *L. ult. de calum.* Hanc autem, si forte praeter spem et expectationem calumnietur, pati non potest qui bona non habet. Nam quod speremus eum infami litera deterreri posse nihil est. Audiamus Plinium in *Paneg.*, *Ereptum alienas pecunias eunt? Perdant quas habent. Expellere penatibus gestiunt? Suis exturbentur, neque (ut antea) exanguem illam et ferream frontem nec quidquam convulnerandam praebeant punctis, et notus suas rideant sed spectent paria praemio damna, nec maiores spes, quam metus habeant, timeantque quantum timebantur* (9).

Propter turpem quaestum prohibentur etiam ter-
10 tium accusare, qui in duos reos iam inscripserunt, aut nummos ob accusandum, vel non accusandum acceperunt. Nempe si eodem tempore duos reos habeant, et diversorum criminum. Nam quo minus successive plures reos facias, aut eiusdem criminis plures eodem tempore postules, ius non est impedimento, *d. C.* 8. *D. h. tit. L. cum rationibus* 16. *C. qui*

Decia. d. lib. 3. c. 21. et 28.

---

(9) Cum lex absque ulla limitatione caverit, ne qui minus quam quinquaginta aureos habeat, accusare possint, inutilem propemodo video quaestionem de paupere bono, utrum scilicet ad accusandum admitti debeat. Lex enim, quae generatim loquitur, ob causam quae, ut ita dicam, *ex accidenti* ortum habet, restrictionem minime admittit. Ceterum si quaestio institui posset, Auctoris argumentatio veritati parum, aut nihil conveniret. Calumniae poenam talionem esse ait, pauperem autem *infami litera* deterreri non posse contendit. Verum non animadvertit Auctor. I. Pauperem, si bonus sit, infamiae notam vereri; nec enim bonus esset, si hanc mine vereretur. II. Calumniatorem infamia notari, et praeter hanc eadem quoque affici poena, qua accusatus afficeretur, si impacti criminis reus fuisset.

accus. non poss., *L.* 2. *C. Si reus vel accus. mort. fuer* (10). Nec turbat, quod in *L.* 12. § *Lege D. de accus.* scriptum est, *Lege Julia iudiciorum publicorum caveri, ne eodem tempore de duobus reis quis quereretur, nisi suarum iniuriarum causa*. Est enim eo loco pro *duobus*, emendandum *tribus*, ut iam ante Cuiacius monuit (11).

Cuiac. 6. obs. 12.

11 Atque hae personae legibus enumerantur; videamus quas adiiciant interpretes. Inimicum capitalem multi simpliciter ab accusatione repellunt, eo quod a testimonio dicendo repellatur, *C.* 3. *D. de testib.* Alii non quidem repellunt, suspectum tamen accusatorem dicunt. Neutri recte; illi tamen, quam hi deterius. Nullo enim loco iuris inimicus ab accusatione repellitur; nec valet argumentum a teste ad accusatorem; quoniam, ut ante diximus, in fide testis salus rei vertitur, non in fide accusatoris. Adhaec ex Cicerone constat, accusatorem quam maxime infensum reo requiri, ut ex fide accuset, nec praevaricetur. Ideo Q. Caecilius Quaestor C. Verris, cum in accusando Ciceroni praeferri vellet, inimicum se Verri simulavit; fictas autem inimicitias exagitat Tullius in *Divin.* his verbis: *Deinde accusatorem verum firmumque esse oportet. Eum ego, si te putem cupere esse, facile intelligo esse non posse. Nec ea dico, quae si dicam, tamen infirmare non possis, te antequam de Sicilia decesseris, in gratiam redisse cum Verre: Potamonem scribam et familiarem tuum retentum esse a Verre in provincia, cum tu decederes: M. Caecilium fratrem tuum lectissimum, atque ornatissimum*

Clar. d. q. 14 n. 17. Farin. d. qu. 12. n. 28. Decia. d. lib. 5 cap 22. n 7. et cap. 25.

---

(10) Excipe adulterii accusationem ex L. Julia *de pudicitia*, quae vetat reos adulterii duos simul marem et foeminam ex eadem caussa fieri. L. 8. C. *ad Leg. Jul. de adult.*

(11) Propositam a Cuiacio emendationem tuetur *cit. L.* 16. C. *de his, qui accus. etc.*, cuius haec sunt. verba = *Cum rationibus iuris congruit desiderium tuum, postulantis accusationem tertiam ei, qui duos reos delatos habet, non permitti contra legis praescripta, nisi suas suorumque iniurias quis persequatur*. Sed licet maritus crimen adulterii intendens suam iniuriam possequatur, non potest tamen uno tempore plures, quam duos adulteras accusare. Vid. Paul. *sentent. lib.* 2. *Tit.* 26 §. 10.

adolescentem, non modo non adesse, neque tecum tuas iniurias persequi, sed esse cum Verre cum illo familiarissime atque amicissime vivere. Sunt haec, et alia in te falsi accusatoris signa permulta, quibus ego nunc non utor, etc. (12).

12 Dec. 3. tr. crim. 10. Clericos quoque repellunt interpretes, adducti auctoritate iuris Pontificii, quo cautum est, clericum non aliter ad accusandum admitti, nisi suam iniuriam persequatur, et crimen poenam sanguinis non irroget, *c. sacerdotem 2. quest. 7., c. cum sit generale de for. compet.*, *c 2. et c. postulasti de homicid. in* 6. Nec eo contenti, laicos quoque vetant nonnulla crimina intentare clericis; partim, ut aiunt, propter reverentiam clericis debitam, partim propter odia laicorum in clericos. Verum haec partim ridicula sunt, partim sine causa atque ratione constituta. Quare a nobis, qui ius civile profitemur, insuper habentur; quin etiam non recte ea, quae ad terras Ecclesiae restringenda erant, ad imperii tribunalia producta iudicamus. Rectam rationem si sequi libet, non solum in clerico, sed et in quovis homine Christiano non tam accusatio, quam caussa accusationis spectanda. Culpandus ille, qui privatae vindictae studio ardens, id unice propositum habet, ut adversarium vita, bonis, fortunisque omnibus evertat; non culpandus, qui hominem nocentem reip. studio, aut ipsius emendandi gratia ad tribunal trahit. Nec adversatur haec doctrina Evangelio; quod enim de remittendis Christiana caritate iniuriis in eo

---

(12) Certum est, ius romanum inimicum diserte ab accusando non prohibere. Utrum autem ratio ipsius iuris conveniat, alia est quaestio. Quae a testimonii dicendi inhabilitate desumpta est recte ab Auctore refutata reperitur, quod fide testis, non aeque accusatoris reus condemnetur: Maiorem dubitandi rationem petit Bohemerus *ad Carpz. Quaest* 104. *obs.* 1. ex L. 9. D. *de accus.* secundum quam qui de calumnia suspecti, repelluntur, in quorum censu utique sunt inimici, et praesertim capitales. Verum adversus huiusmodi dubium illud pro Auctoris sententia urgeri potest Paulum in *cit.* L. 9. non simpliciter tradere, eos ab accusando repelli, qui calumniae suspicione laborant, sed eos denotare quoque, in quos calumniae cadit suspicio, qui scilicet *subornati falsum testimonium dixerunt.*

traditur, id nihil ad reip. studium, et magistratus iurisdictionem, sed ad privatum odium, et vindictae cupiditatem attinet. Itaque quod Augustinus olim respondit, cum obiectum esset, Christianam religionem parum facere ad remp. Romanam, eo quod iubeat ferre iniurias: id nos quoque praesenti loco respondebimus: Nempe ferendas quidem iniurias esse, si cedat ad gloriam Dei, et proximorum salutem: sin minus, aut si nimia patientia noxia sit ei qui facit iniuriam, vindicandas esse (13).

Sunt et qui clarissimis viris accusandi facultatem denegant, eo quod Marcianus in *L. deferre* 8. §. 1. *D. de iur. fisc.* respondit, Clarissimos viros deferre non posse. 13 Pac. in Isag. C. Q. acc. non poss. Verum hi perperam accusatorem cum delatore confundere videntur. Accusator est, qui crimen et defert, et exequitur; sive id faciat rei publicae studio, sive praemii et lucri spe: delator autem est, non solum qui crimen, sed generaliter, qui rem ad fiscum pertinentem ei ultro praemii caussa denuntiat, qui quatenus crimen exequitur, etiam accusator vocatur, *L. Senatus* 15. *D. eod.*, quatenus nuntiat, non exequitur; aut quatenus rem nuntiat, veluti caducum commissum, bona vacantia, eatenus delator magis et index, quam accusator. Ascon. 1. Verr. Quanquam si Asconium sequimur, ne indicis quidem verbum omnino delatoris verbo respondet; indicem enim ille definit, qui facino-

(13) In *cit. Cap. cum sit generale* X. *de For. comp.* agitur de invasione rerum ad Ecclesiam pertinentium, quae *sacrilegium* reputatur, ac inde delictum *mixti fori*, in cuius cognitione Iudex tum saecularis, tum ecclesiasticus competens habeatur. Hoc autem posito principio praeventioni locum fieri et Iudicis laici negligentiam Iudicem ecclesiasticum posse supplere in poenis quae ad ecclesiasticam iurisdictionem spectant irrogandis, expediti iuris esse videtur. Ceterum non infieior ex iure canonico illud fuisse inductum, ut laici a Clericis accusandis abstinerent, vid. *Cap.* 10. et 13. X. *de accus.*, ac ideo quod laici clericis intensi reputarentur, et ipso iure canonico statutum esset, ut inimicitiae metus accusationem excluderet, vid. *Cap* 3. *eod.* Verum non eadem semper pro ratione criminale iudicium instituendi disciplina in Ecclesia fuit. Scimus enim ex *Canon.* 24. *Concil. Epaun.* Patres laicis dedisse potestatem contra cuiuslibet gradus clericum, si quid criminale parabant obiicere, dummodo vera suggererent, proponendi.

ris, cuius ipse est conscius, latebras indicat impunitate proposita. Certa etiam scribit esse, in quibus impunitas indici datur, ut in caussa proditionis, maiestatis, et si quid huiusmodi est. Igitur clarissimi viri deferre, et quadruplari prohibentur, accusare non prohibentur; illud enim parum honestum, hoc in laude. Idcirco autem deferre parum honestum; quoniam qui id facit, non studio reip. adducitur, sed quartae spe, quam ex bonis damnati delatores consequebantur. Unde et quadruplatores dicti, ut Asconius in *ead. orat.* testator; licet alii, et inter eos Festus, existimaverint, quadruplatores dictos, qui eo quaestu se tuebantur, ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio. Singula autem haec infinitis auctorum locis illustrari possent; nobis aliquot adnotasse sufficiet. Callistratus in *L.* 2. *D. de iur. fisc.*, *Ex quibusdam caussis delationes suscipientium fama non laeditur, veluti eorum, qui non praemii consequendi, item eorum, qui ulciscendi gratia adversarium suum deferunt, vel quod nomine reip. suae quis exsequtur causas.* Cicero in *Divin.* de Hortensio loquens, *Atque is non tam propter Verrem laborat, quam quod eum minime res tota delectat; videt enim si a pueris nobilibus, quos adhuc elusit, si a quadruplatoribus, quos non sine causa contemsit semper, ac pro nihilo putavit, accusandi voluntas ad viros fortes, spectatosque homines translata sit, se in iudiciis dominari non posse.* Asconius *in Notis ad Divin. Certa sunt, in quibus impunitas indicis datur, ut in caussa proditionis, maiestatis, et si quid huiusmodi est. Certae etiam personae sunt, quae indices fieri possint itaque neque repetundarum causa per indices agi solet, neque senatoria persona potest indicium profiteri salvis legibus. Index est autem, qui facinoris cuius ipse est conscius, latebras indicat impunitate proposita.* His addatur Cic. 2. *de Offic.*, Plaut. *in Trucul. act.* 1. *scen.* 2., Quintil. 12. *Inst. orat.* 7.

14 Nunc illud adiiciendum, praeter eos, qui accusare non possunt, esse nonnullos qui accusare possunt, nontamen omnes. Liberi enim, liberti, alumni, et fa-

Decia. c. lib. 3. cap. 13. et 14.

miliares personae, non possunt accusare parentes; patronos, aut patrem familias; suarum vero rerum defendendarum gratia de facto eorum civiliter queri debent, non crimen intendere, *L.* 8 §. *ult.*, *L.* 11. § 1 *D. de accusat.*, *L. iniquum* 17., *L. pen et ult. C. Qui accus. non pos.*, *L.* 5. *C. ad L. Corn. de fal.*, *L.* 2. *C. de crim. stellion.* Possis tamen suspicari verbum *familiares* in *d. L. pen. C. Qui accus. non pos*, non esse de quibusvis domesticis intelligendum; sed iis duntaxat, qui obsequium et reverentiam patrifamilias debent; nam in Codice *Th. rubr. Ne praet. crim maiest. serv dom.* per familiarem, libertus intelligitur: Et alioqui absurdum foret, si quis musaeum, aut coenaculum apud aliqum conduxerit, non posse eum locatorem accusare. Usus sane liberis hominibus, qui mercede conducti serviunt, dominorum accusatione non interdixit. Neque vero novum, ut verbum generis usurpetur, et restringatur tamen ad certas species. Ut cum Plinius in *Paneg.* scribit, Traianum omnes accusatore domestico liberasse, per domesticum et libertum intelligit (14). Maritus sane et uxor appellatione domesticarum personarum hac parte contineri videntur; nec legimus a marito uxorem accusari, nisi adulterii, et suppositi partus, et veneni marito parati; uxor contra adulterii maritum accusare nequit; potest tamen in accusantem retorquere adulterii, et lenocinii crimen, *L.* 1. *C. ad. L. Jul. de adult.*, *L.* 2
§. *si publico*, *L.* 13. §. *iudex* 16. *D. eod*, *L.* 30. §. 1. *D.* 16
ad Leh. Corn de fals. (15). Cognationis quoque aliqua habetur ratio; frater enim adversus fratrem non auditur in criminibus gravioribus, *L. si magnum* 13. (16), *L. si sororem* 18. *C. Qui accus. non pos.*: reliquarum necessitudinum nulla. Nec adversatur *L. si*

(14) Vide *Not. super. ad num.* 4.

(15 Verum lenocinii allegatio maritum minime repellit ab adulterii accusatione, quia *lenocinium mariti ipsum onerat, non mulierem excusat.* Vid. *cit.* L. 2. § 5. *ad L. Jul. de adult.*

(16) Et quidem non solum non audiendus, sed atiam exilii poene plectendus, *cit.* L. 13. C. *qui accus. non poss.*

tutor. 9. *D. de suspect. tut.*; non enim vetat cognatos et adfines accusare, si quid gravius admiserint; sed vetat cum infamia, vel nota removeri, si quid levius admiserint, ita ut suspiciones magis et mores, quam crimina suspectos fecerint (17).

CAPUT II.

Si plures accusare volent.

1. *An plures eundem accusare possint?*
2. *De constituendo accusatore, et quid divinatio?*
3. *Cognati et adfines extraneis praeferendi, coniux utrisque,*
4. *Quid si remotior occupaverit accusationem?*
5. *Quid si plures occusent, et poena pecuniaria sit criminis.*

Clar. §. fin. q. 13. et 15. Gomes. 3. resol. 1. n. 65. Decia. lib. 3. c. 31. et 32. Duar. 1. disp. anniv 59. Tacit. 3. annal.

1 Plures ad accusandum unum non debere admitti, nisi suam suorumve iniuriam persequantur, omnesque in eodem gradu sint, communis schola docent. Rectius doctissimus Duarenus censuit, distinctione opus esse, ut si non conveniat inter accusatores, unus ex his constituatur; sin conveniat, nihil obsit,

(17) Illud hic potest quaeri num qui accusando inhabiles sunt, a delatione quoque sint arcendi? Negat hoc Brunemannus *de proces. inquisit. Cap* 4. *num.* 26., et recte, modo de ea inhabilitate sermo non sit, quae ex aetatis defectu, vel mentis imbecillitate oritur, quaeque non magis accusationi, quam inquisitioni obstat. Quamvis enim alicnius Personae fides suspecta efficiat, ut pessimam contra se habeat praesumptionem, ea tamen tantum iudicem admonet, ne nimis fidat dictis, aut ad praeceps iudicium delabatur, sed omnia momenta ad gravandum idonea sollicita conquirat, antequam contra personam rei quicquam, quod praeiudicium afferat, suscipiat, non vero ad reprobandam, ac reiiciendam prorsus delationem efficax est. Fateor a qualitate personae deferentis multum defensionis mutuari posse, id tamen non impedit, quominus quilibet vicem delatoris, salva exceptione, subeat, maxime quum delationi ex connexione et verisimilitudine circumstantiarum fides primario concilietur, nec delator proprie ad prosequendam inquisitionem concurrat, sed eius causa *occasionalis*, ut ita dicam, tantum sit, ac inde reus in ius vocatus non adeo habeat, cur de inhabilitate, aut iniuria sibi facta conquaeratur? Vid. Bohem, *ad Carps. Quaest.* 104. *Obs.* 1.

quo minus omnes admittantur, *L. si plures* 16. *D. de accusat.*, *L.* 4. *C. eod.*, *L.* 2. §. *pen. et ult.*, *L.* 29. §. *pen. D. ad L. Jul. de adult.*, *L.* 3. *pr. et* §. *si ad plures D. de sepul. viol.* Ita C. Silanum procons. Asiae, repetundarum a sociis postulatum simul accusarunt Mamercus Scaurus e Consularibus, Junius Otho Praetor, Brutidius Niger Aedilis: Pisonem Servaeus, Vitellius, ac Veranius Germanici comites, cum scilicet inter eos conveniret. At cum Cicero, et Caecilius certarent, uter Verrem accusaret, constituendus ab eo, qui cognitioni praeerat, accusator fuit. Haec accusatoris constitutio, *divinatio* appellabatur, ut ex Cicerone, Asconio Pediano, Gellioque notissimum est. Cic. et Asc. in divin. Gell. 4. 2. 2

Divinatio autem, vel quod non de facto quaereretur sed de futuro, quae est divinatio, uter debeat accusare; vel quod iniurati iudices in hac causa sederent, ut quod vellent, praesentire de utroque possent; vel quod res ageretur sine testibus et tabulis, argumentaque sola sequuti iudices, quasi divinarent. Hoc judicium paucis complexus Ulpianus in *d. L. si plures* 16. *D. de accus.* respondit, *Si plures existant, qui reum in publicis iudiciis accusare volunt, iudicem constituere debere accusatorem causa cognita, aestimatis personis, dignitate, eo quod interest, aetate, moribus, et aliis iustis causis.* Quod si aetate dignitate, moribus pares sint, tum ad iniuriam potissimum respiciendum recte interpretes tradiderunt; ut quo proprius unumquemque iniuria et dolor contingit, eo etiam reliquis in accusando potior sit, Itaque in vindicanda caede cognati et adfines extraneis, adscendentes et descendentes collateralibus praeferendi sunt. Confer Clar. §. fin. qu. 15. Gomes. 3. resol. 1. n. 32. Farin. qu. 13. 3

Quo enim minor ad hos, quam ad illos luctus pervenit, eo minus firmi verique accusatores futuri sunt. Ac licet heres per Senatusconsulum Silanianum cogatur vindicare necem defuncti, si tamen praeteritis cognatis extraneus institutus sit, non male dixeris illos huic praeferri debere, si maiorem doloris vim in pectore gestare visi sint, *arg. d. L.* 2. §. *pen. D. ad L. Jul. de adult.*, *L.* 5. §. *haec autem actio D. de his qui effud. vel deiec.* Quod si cognati, et ad-

fines certent, non dubitandum adfines postponendos esse; est enim major necessitudo, et arctior quae sanguinis communione, quam quae nuptiis inter coniugem, et alterius coniugis cognatos contrahitur. Si tamen coniux cum cognatis, aut adfinibus certet, utique preferenda erit, si constet maritum ab ea adamatum esse, ceterum fictis et vi expressis lacrymulis nihil deferendum; quoniam saepe fletus mulieris sub persona risus est. Quid autem si remotior occupaverit accusationem? Praeferundus nihilominus proprior est si non negligentia praeventum se docere possit,
4 et lis nec dum contestata sit; nam lite contestata difficile dictu ut audiantur, cum ea contestationis vis sit, ut etiam competentem iudicem efficiat, quanto magis accusatorem tuebitur, *L.* 4. *pr. et* §. *ult. D. ad Leg. Jul. de adult.*; *d. L.* 3. §. *si ad plures D. de sepul. viol.*, 12. §. *quod si ex popularis D. V. S.*, *L. ubi acceptum* 30. *D. de iud.*, *L.* 3. *C. de iurisd.* (1). Quid autem, si concurrant eiusmodi accusatores, in quibus omnia paria sunt? Quamquam id difficulter evenire potest: si tamen quandoque evenerit, non dubitaverim posse iudicem eo casu omnes simul ad accusandum admittere. Fingamus admissos esse, aut et ipsis convenisse de eodem coniunctis operis accusando; quid fiet, si forte poena pecuniaria sit infligenda? num in solidum singulis reus condemnabitur? Ita quidem Duareno visum; ego, ut ingenue fatear, non assequor; neque enim solent in criminalibus poenae applicari accusatori; ac nescio an aliud crimen sit, praeter crimen repetundarum, ex quo poena quadrupli inter actorem, et fiscum dividitur, *L.* 3. *C. de adsessor.*, cum olim tota spoliatis cederet, atque ideo in intentione sua nullam aerarii mentionem faciebant, ut ex formula illa, qua Siculi a Verre pecunias reposcebant, adparet, Cic. in *Divin.*, *Sici-*

---

(1) Adulterii crimen maritos non negligentia praeventus etiam post sententiam restaurare non prohibetur. Vid. L. 4. §. *ult.* D. ad *Leg. Jul. de adult.*

lia tota, si una voce loqueretur, hoc diceret: Quod auri, quod argenti, quod ornamentorum in meis urbibus, sedibus, delubris fuit, quod in unaquaque re beneficio Senatus Populique Romani iuris habui, id mihi tu C. Verres eripuisti, atque abstulisti, quo nomine abs te sestertium milles ex Lege repeto.

CAPUT III.

Qui accusari non possint.

1. *Servus quibus legibus reus fieri possit?*	3. *Qui iam ab alio delatus est.*
2. *Accusari non possunt magistratus, et absentes reip. causa.*	4. *An qui iam alia Lege accusatus ob idem admissum?*

Diximus in prolegomenis crimina dolo potissimum contrahi; dolum autem in bruta, infantes, furiosos, dormientes non cadere. His consequens est, ut nec accusari possint, si quid admiserint; aut ut maxime accusentur, dicis causa id fiat, et ad terrorem audientium, non ad emendationem eorum, qui accusantur. Dicturi porro in sequentibus sumus, quibus modis crimina extinguuntur; unde intelligimus, ut maxime crimen admissum sit, si tamen tempore, Principis indulgentia, vel quo alio modo extinctum sit, frustra accusationem institui. Sed praeter has species, et aliae nonnullae occurrunt, quas praesenti capite exsequemur.

Nam primo servus, etsi criminis capax sit, tamen 1
omnibus legibus publicorum iudiciorum reus fieri potest; non illis, quibus bonorum pars publicatur; non illis quarum poena libertatis, vel civitatis intertrimentum est, veluti Lege Julia de vi privata, Cornelia de iniuris. Nec tamen poenam omnino effugiet, sed durior extra ordinem imponetur, *L. hos accusare* 12. §. *ult. D. de accusat.* Secundo, Magistratus, Legati, et qui reipublicae causa absunt, dummodo non 2
detractandae Legis causa absint, accusari non possunt, quod beneficium Memmia Lege absentibus

Decia 3. datum est, *d. L.* 12. *pr.*, *Valer. Max. lib. III. cap.* crim. 38. *VII.* quod dicitur *reipublicae*, et *non detrectandae Legis causa*: ex eo intelligimus, si quis aut suorum negotiorum causa absit, aut ut accusationem vitaret, legationem liberam impetraverit, hunc eandem cum reliquis absentibus fortunam subire; nempe, ut requirendus adnotetur, bona obsignentur, *L. absentem* 6. *C. de accus.*, *L.* 2. *C. de exhib. et transmit. reis.*

3 Tertio, qui ab alio iam delatus est, ab alio deferri Decia. lib. 3. cap. 4. nequit; *L. hi tamen* 11. §. *ult. D. de accusat.*, nempe si de eodem crimine agatur; ceterum si plura crimina admiserit singulorum nomine accusari potest; adeo ut, et si ex eodem facto plura crimina nascantur et unius nomine fuerit delatus, possit et alterius ab alio reus fieri, *L. qui de crimine* 9. *C. eod.* Veluti, cotumeliae causa servum Titii occidisti; et iniuria est, et caedes. Vitiasti sororem alii nuptam; et incestus est, et adulterium; utrisque igitur criminis reus a diversis accusatoribus fieri potes, *L.* 2. *D. de priv. del.* (1). Numerus enim criminum non tam numero factorum, quam ratione et qualitate aestimatur. Itaque et ex eodem facto plura crimina nascuntur, et contra licet plura sint facta, unum tamen intelligitur crimen, una certa accusatio; ut si plura convitia eidem eodem tempore dixeris si plures plagas, plura vulnera inflixeris; quo casu si de singulis separatim agere velis, exceptione summoveberis, *L.* 7. §. *plures D. de iniur.*, *L. illud. quaesitum* 32. §. 1. *D. ad L. Aquil.* Quarto: Si unum crimen pluribus Legibus vindicetur; non nisi una reum fieri Senatus permitit, *L. Senatus* 14. *D. de accus.* Hoc Senatusconsultum Accursius et antiquiores glossopraghi ita interpretati sunt: si idem crimen pluribus vindicetur Legibus, et actum fuerit leniori, posse adhuc duriore agi in ea plus est, *L. D. de vi bon. rapt.*, *L. qui servum* 34.

(1) *Iudex autem super utroque crimine audientiam accommodabit. Nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, priusquam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiat.* Ita in cit. L. 9. C. *de accus.*

L. quoties 41. §. 2. *D. de O. et A.* Verum ea interpretatio SCto nequaquam consentanea est; fuit enim Senatui propositum reis succurrere adversus delatorum improbitatem idcirco non nisi una Lege reum fieri voluerunt, sive ea lenior, sive durior fuerit. Id ex Tranquillo discimus in *vita Titi*, *Inter adversa temporum*, inquit, *et delatores, mandatoresque erant ex licentia veteri. Hos assidue in foro flagellis ac fustibus caesos, ac novissime traductos per amphitheatri arenam, partim subiici in servos, ac venire imperavit; partim in asperrimas insularum avehi. Utque etiam similia quandoqae ausuros perpetuo coërceret, vetuit inter cetera de eadem re pluribus legis agi, quaerive de cuiusquam defunctorum statu, ultra certos annos*. Hactenus Tranquillus.

CAPUT IV.

An per alium reus vel accusari, vel defendi possit?

1. *Patroni et advocati, in criminibus citra controversiam audiuntur.*
2. *An procuratores et defensores? ad L. 33. de procurat., et L. pen. D. de publ. iud.*
3. *Reiicitur prima conciliatio dd. LL.*
4. *Reiicitur secunda.*
5. *Reiicitur tertia.*
6. *Defenditur quarta.*
7. *Universitas per actorem accusat, et defenditur.*

Qui defendit alterum in iudicio, inquit Asconius Pedianus I. *Verr.*, aut patronus dicitur, si orator est; 1 aut advocatus, si aut ius suggerit, aut praesentiam suam commodat amico; aut procurator, si negotium absentis suscipit; aut cognitor, si praesentis causam novit, et sic tuetur ut suam. Patronorum, et Advocatorum opera in causis criminalibus unumquemque uti posse constat; nam et pluribus uti licuisse idem Pedianus in *orat. pro M. Scauro* docet. Defenderunt, inquit, Scaurum sex patroni, cum ad id tempus raro quisquam pluribus, quam quatuor uteretur: at post bella civilia, ante Legem Juliam ad duodenos

a patronos est perventum. Procuratoris vero opera an vel acusator, vel reus uti possint, in controverso iure est Ulpianus in *L. servum* 23. *D. de proc.* respondet: *Publice utile est absentes a quibuscumque defendi nam et in capitalibus iudiciis defensio datur. Ubicumque absens quis damnari potest, ibi quemvis pro eo verba facientem, et innocentiam excusantem audiri aequum est, et ordinarium admittere, quod ex rescripto Imperatoris nostri adparet.* In eadem sententiam rescripsit Imp. Alexander in *L.* 3. *C. de accus.*, ad cuius rescriptum haud dubie Ulpianus respexit. Verba Alexandri haec sunt: *Reos capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi, Leges publicorum iudiciorum permittunt.* Contra papinianus respondit, in *L. pen.* §. 1. *De publ. iud.*, *Ad crimen iudicii publici persequendum frustra procurator intervenit, multoque magis ad defendendum; sed excusationes absentium ex Senatusconsulto iudicibus allegatur, et si iustam rationem habeant, sententia differtur.* Ulpianus etiam sibi contràrius in *L.* 1. *D. An per al. caus. appell. red. pos.*, *Quaeri solet, an per alium causae appellationis reddi possint, quae res in rebus pecuniariis, et in criminibus agitari consuevit. Et in rebus pecuniariis, sunt rescripta, posse agi. Verba rescripti ita se habent: Divi Fratres Longino: Si tibi qui appellavit mandavit, ut eum de appellatione, quam Polla ad eum fecit, defenderes, et res pecuniaria est, nihil prohibet nomine eius respondere; sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per procuratorem agi non licet. Sed etsi ea sit caussa, ex qua sequi solet poena usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, sed ipsum adesse anditorio debere, sciendum est. Plane si pecuniaria causa est, ex qua ignominia sequitur, potest et per procuratorem agi. Idque erit probandum et in ipso accusatore, si appellaverit, vel si adversus eum sit appellatum. Et generaliter, quae causa per alium agi non potest, eius nec appellationem per alium agi oportet.* Hanc antinomiam, quae una est ex nobilissimis atque difficillimis totius iuris, varie conciliant inter-

Vide supercilium Arg. art. 202. qui

pretes atque in universum quatuor fere solutiones reperio, quas singulas ordine excutiemus. Prima, eaque maxime a vero aliena, eorum est, qui dicunt, absentem per procuratorem defendi posse, praesentem non posse. Hi a quaestione aberrasse videntur, quae

dicit praesentem posse, non absentem.

3 non de cognitore, sed de procuratore tota est. Cognitor, ut praeter Pedianum Festus docet, praesentis est, procurator absentis. Peculiariter interdum et ille cognitor dicitur, qui civem adserit, ut apud Donatum in *Eunuch.* cum ait, *In tria divisit officium defensioni suae. In assertoris, Principio eam esse dico liberam. In cognitoris, Civem, Atticam. In fratris, Meam sororem.* Igitur hic non quaerimus, an praesentis cognitor aliquis esse possit, sed an absens per procuratorem aut accusare, defendi possit. Secunda eorum est, qui distingunt inter crimina capitalia, et nec capitalia. Iu capitalibus, inquiunt, absens per procuratorem defendi potest, nam et quivis pro eo, qui

Gomes. 3. resol. 1. n. 12. Farin. qu. 99.

4 ad supplicium dicitur, appellare potest, *L. non tantum* 6. *D. de appell.*, *L. addictos* 29. *C. eod,* et apud Ciceronem *de iure dicendo in Verrem,* Sthenio Thermitano reo capitalis criminis cognitorem, qui quasi procurator est, datum legimus: In nec capitalibus reus per procuratorem defendi nequit, *L. miles* 11. §. *ea quae D. ad L, Jul. de adult.* Horum distinctio adeo mihi non probatur, ut videatur etiam e diametro advesari Ulpiani, Papinianique responsis. Papinianus enim in *d. L. pen, D. de publ. iud.* non in specie de nec capitalibus, sed in genere de criminibus publicis loquitur. Ulpianus autem in *d. L.* 33. *de proc.*, etiam a maiori ad minus arguere videtur ita: *Non mirum absentes per procuratores defendi*; *nam et in capitalibus causis defensio datur*; quasi diceret; si in capitalibus causis defensio datur, quanto magis in nec capitalibus. Adiicit praeterea, *Ubicumque absens damnari potest, ibi quemvis pro eo verba facientem audiendum esse:* Atqui non solum in capitalibus, sed vel maxime in nec capitalibus post litem contestatam reus damnari potest; igitur in his quoque defensio danda. Denique prorsus conciliationem istam elidit

Cuiac. 10. obs. 20.

Ulpianus in *d. L.* 1. *D. An per al. caus. appel.*, ubi dicit, non solum non in capitalibus, sed nec in iis, ex quibus poena usque ad relegationem sequi solet, causas appellationem per alium agi posse. Nec ad rem pertinet, quod quivis pro eo, qui ad supplicium ducitur, appellare possit id enim singulari humanitatis ratione constitutum est, ut nec volens perire posset.
Pac. cent. 2. Antin. 40. Multo minus iuvat, quod ex Cicerone adducitur non enim si quondam Sthenio cognitor datus est, qui pro-
5 curator non est, idcirco per Justiniani legislationem, reo capitalis criminis etiam procuratorem habere licet: Tertiam solutionem qui adferunt, in hunc modum distinguunt: Tunc absens per alium defendi potest, cum nisi defendatur, damnari potest; cum damnari non potest, nihil opus procuratore. Damnari autem absens potest, cum aut poena relegatione gravior non est futura, *L.* 5. *D. de poen.*, aut lis contestata est, *L. inter* 10. *D. de publ. iud.*, aut cum quis Lege Cornelia accusatur, quod spadonem fecerit, *L.* 4. §, *ult. D. ad L. Con. de sicar.*, aut denique eum apparitor corruptus accusatur perfidiae, *L. ne diu* 21. *C. de poen.* Verum, ne haec quidem distinctio admitti potest; quoniam Papinianus in *d. L. pen.* Ulpianus in *d. L.* 1. dum reo defensionem negant, vel maxime de eo tempore loquuntur, quod post litem contestatam currit: quo tempore vel praecipue reus defenditur, cum argumentis, testibus, tabulis innocentia eius demonstratur; quae vero ante litem contestatam fiunt, iis preparatur magis defensio, quam constat. Et cum Papinianus admittit duntaxat, ut per alium absentiae causae reddantur nonne eo ipso reliquam defensionem omnem excludit? Postrema conciliatio ex ipsius Papiniani respon-
6 so desumpta ita se habet; Admittitur procurator, tam in capitalibus, quam nec capitalibus, non quidem ad innocentiam rei tuendum, ut absolvatur a crimine; attamen ad excusandum absentiam. Ad quam excusationem absentiae Ulpiani responsum in *d. L.* 33., nec non Alexandri rescriptum in *d. L.* 3. conniventibus oculis trahenda sunt. Haec Joannis olim sententia fuit, quam Accursius quoque probasse videtur;

Accurs. in d. l. 33. Duar ad tit. de Proc. cap. 6. Donel. 18 com. 11.

et ex recentioribus Duarenus, atque Donellus amplectuntur; nobis quoque, si modo ulla est locatam contraria conciliandi ratio, non alia verisimilior videtur. Sunt autem tria, quae adversus hanc conciliationem excipi solent; quae quemadmodum sint removenda, videmus. Primum est, quod et Ulpianus in *d. L.* 33., et Alexander in *d. L.* 3. defensionis verbo utantur; non defendat autem, qui absentiae duntaxat causas reddit. Respondeo: non semper defensionis verbum plenam defensionem significat, sed interdum partem. Cum enim defensionis plenae plures sint partes, nihil vetat, fingurata loquutione nomen totius tribuere parti. Plures defensionis gradus enumerat Cicero *pro Quint.*, *Qui locus*, inquit, *absentis defendendi primus procuratori datus est? cum proscribebas: Ergo adfuit, non passus est, libellos deiecit Alphenus; qui primus erat officii gradus, servatus est a procuratore summa cum diligentia. Videamus, quae deinde sint consequuta. Hominem P. Quintii deprehendis in publico, conaris obducere; non patitur Alphenus, vi tibi adimit; curat, ut domum reducatur ad Quintium. Hic quoque summe constat procuratoris diligentis officium: debere tibi dicis Quintium, procurator negat; vadari vis, promittit; in ius vocas, sequitur; iudicium postulas, non recusat. Quid aliud sit absentem defendere, ego non intelligo.* Hactenus Cicero; qui cum inter defensionis partes enumeret libellorum deiectionem, reductionem servi, promissionem iudicio sisti, quid vetat, quo minus defensionis partem faciamus etiam absentiae excusationem? Secundum est, quod defensio detur legibus publicorum iudiciorum; absentiae excusatio Senatusconsulto adittatur, *d. L.* 3. *d. L. pen.*, non posse ergo apud Ulpianum et Alexandrum per defensionem intelligi absentiae excusationem. Miror sane hoc virum doctissimum obiicere, cum ipse alibi notaverit, tribui interdum Legi, quae Senatusconsulto ad Legem adiecto introducta sunt, ut in §. *eodem lege Inst. Quib. ex caus. man.*, *iunct. L. un. in fin. de off. cons.* Ita Legi Corneliae de sicariis subiicimus eum, qui mala sacrificia fecit, quo-

Conf. l. 2. §. ult. D. Q. exc. in poss. l. 21. §. ult. D. quib. ex o. mai.

Cui. in not. Inst. ad §. eadem lege tit. Q. et a quilman lib. non fi

niam SCto cautum est, ut eius Legis poena teneatur, *L.* 13. *D. ad L. Corn. de sicar.* Legi Corneliae de falsis eum, qui quid sibi testamento alieno adscripsit, quoniam edicto Claudii, et SCto, quod sequutum est, hoc comprehenditur, *L. Divus* 15. *D. ad L. Corn. de fals.* Legi Fabiae suibiicimus eum, qui fugam servi vendidit, quamvis non ipsa Lege, sed SCto id expressum sit, *L.* 2. *pr. et* §. *amplius C. de L. Fab. de plag.* Poenas denique quasdam legibus publicorum iudiciorum Justinianus adscribit, *tit. Inst. de publ. iud.*, quamvis non ex rogatione, sed abrogatione magis Legum sint. Quod si igitur illud, quo legi derogatur, adscribi tamen Legi potest; quanto magis id, quo abrogatur Legi, id est, quod adiicitur, adscribi Legi potest? Tertium et prostremum est, quod Ulpianus in *d. L.* 33. aperte non de excusatione absentiae, sed innocentiae loquatur. Hic sane aqua haeret, nec vitare hoc telum, nisi adhibita emendatione possumus. Censemus igitur rescribendum pro *innocentiam, absentiam.* Ne audax et temeraria emendatio videatur, utique negari non potest, vitium, culpam, peccatum excusari, innocentem, virtutem, diligentiam non excusari, sed in laude esse. Cum igitur Ulpianus excusationis verbo usus fuerit, utrum verisimilius, hominem accuratae dictionis, magnaeque elegantiae scripsisse, innocentiam excusantem audiendum esse, an absentiam? Mihi sane prius illud hactenus verisimile fieri non potuit; quare Papiniani responsum tantisper sequi decrevi, donec solidior aliqua conciliandi ratio se obtulerit. Illud interim notandum, ab eodem responso excipiendas videri provincias, civitates, collegia, quae propter multitudinem difficulter congregari atque iudicio interesse possunt. Haec necesse est, si quem peculatus, sacrilegii, residuorum, repetundarum, ambitus, census, annonaeve fraudatae accusare velint, id per procuratorem faciant: Et contra si accusentur per procuratorem universitatis defendantur necesse est (1).

Decis. 3. crimin. 35. n. 8.

(1) Duce Cl. Iusto Henningio Bohemero *in exercit.* 33. *ad Pand.*

CAPUT V.

De Iudice, et Foro Competente.

1. *Qui in urbe cognoverint de criminibus?*
2. *Qui in provinciis?*
3. *Quid sit forum competens?*
4. *Attantum in loco admissi reus conveniri possit?*
5. *An in loco domicilii?*
6. *De caede in confinio facta uter cognoscat?*
7. *Quomodo praeveniatur Iudex alterius territorii?*
8. *Quid si in meo territorio crimen inchoatum, in tuo consummatum sit?*
9. *Quid si hic mandavero eadem, alibi ea facta sit?*
10. *An hic absolutus, alibi accusari possit de eodem crimine?*
11. *Quid si hic iniuria facta, alibi infamatus degat?*
12. *Qui fori habeant privilegium?*
13. *An milites in crimine communi?*
14. *An studiosi?*
15. *An clerici?*
16. *An forum incompetens prorogatione, vel litis contestatione fiat competens?*

Quoniam de accusatore et reo in praecedentibus egimus, consequens est, ut etiam de iudice, et foro rei

---

lib. 3. *Tit.* 3. omnia strictim persequar, et explanabo. In *cit.* L. 13. *de Procur.* Ulpianus generalem statuit regulam, ut scilicet pro absente si damnari potest, quilibet pro eo verba faciens et innocentiam excusans audiendus sit. Memoratum Alex. Imp. rescriptum in *cit.* L. 3. *de accus.* sub eadem hypothesi accipi oportet, ut scilicet rei capitalium criminum absentes etiam per procuratores defendi possint, si tamen de eo crimine agatur, propter quod absens damnari queat. Equidem ex regula generali absens damnari non poterat ob crimen publicum et capitale. Vid. L 5. D. *de poen.* Quaedam tamen erant capitalia crimina, in quibus etiam absens damnari poterat, saltem ut bona absentis fisco addicerentur, quod poenae capitalis consequens ordinarium erat. Ex. gr in crimine perduellionis etiam absentem damnari potuisse dicendum est, cum et accusatio contra iam defunctum moveri potuerit, ut hereditas Fisco vindicaretur. Insuper Lege Cornelia *de sicar.* cautum erat, ne spadones fierent; huius autem Legis poenam vel in deportatione vel in ultimo supplicio demum constitisse patet ex L. 3. § 5. D. *ad L. Corn. de sicar.* Ad eos autem, qui spadones facerent bonorum publicatio ex Hadriani rescripto porrecta fuit, atque constitutum, ut de absentibus quoque pronunciaretur, vid. L. 4. §. 2. D. *eod. tit.* Illud vero est animadvertendum in *cit.* L. 3. C. *de accus.* Procuratorem quidem memorari, attamen eum nequaquam esse intelligendum, qui ex mandato in civilibus causis constituitur, et per

dicamus. Hac autem parte nihil attinet memorare, qui stante republica de criminibus cognoverint, cum id a viris quibusdam doctissimis iam ante praestitum sit; sufficiet ex libris Justiniani eos duntaxat recensere, qui inclinato iam imperio crimina audiverint. Igitur in urbe quidem omnia omnino crimina Praefe-
1 ctura urbis sibi vindicavit; nec solum quae intra urbem admissa erant, sed et quae in Italia intra centesimum lapidem, ut Ulpianus testatur in *L. 1. D. de off. praef. urb.* Hinc fit ut toties in libris nostris legamus, si quid gravius admissum sit, reum ad Praefectum urbi remittendum esse. Praetor enim non im-

---

litis contestationem fit dominus litis. Hoc enim fictitium litis dominium in iudicio criminali, quod publicam respicit animadversionem admitti nequit. Procuratoris ambigua est significatio, quae pro *substrata materia* explicanda est. Vid. Cic. *orat. pro Caecina.* In causis igitur criminalibus *per procuratorem defendi* reus dicetur qui non semetipsum a crimine imputato purgat, sed cuius gratia alius defensionem suscipit, et quidem *boni publici* causa. En vera Procuratoris notio in iudiciis publicis. Papinianus in *cit.* L. *pen.* § 1. *de pub.* iudic. ad crimen iudicii publici persequendum multoque magis ad defendendum Procuratorem non admittens eum proprie intelligit, qui ex mandato alterius causam pertractat sive agendo, sive defendendo, et, lite contestata, fit dominus litis. Et sana distinguit laud. JCtus inter id quod *causae meritum*, dicitur, et inter illud quod *incidens* proprie appellatur. *Causae meritum* Procuratorem stricte acceptum non admittit, nec a parte accusatoris, qui crimen persequitur, nec a parte rei, qui se defendit. Ad *Quaestiones incidentes* referuntur excusationes absentium, quae per Procuratorem Iudicibus allegari possunt, ne post annum Fiscus bona absentium occupet. Eodem in sensu Procuratoris notio deprehenditur in *cit.* L. 1. *an per al. caus. appel. red. poss.* Si causa pecuniaria est, quamvis ex delicto oriatur. Procurator equidam stricte acceptus admittitur. Causae anim pecuniariae ita sunt institutae, ut iudicium civile potius, quam criminale afforment, eumque in procuratorem condemnatum aeque ac in civilibus causis exsecutio fieri possit, parum refert, utrum ipse reus compareat, an vero procurator *dominium litis* occupet. Ad delictum relegatione plectendum quod attinet. Ulpian. in *ead.* L. Procuratorem pro reo non admittit; quia tamen in absentem usque ad relegationem procedi potest, ut innuit idem JCtus in *cit.* L. 5. *de poen.* quilibet, non ut procurator strictiori significatione acceptus, audiendus est, qui causam publicam et communem agat, cum publice intersit innocentes a quibuscumque defendi. Haec singillatim perspectis, ac explanatis omnem penitus inter comparatas Leges *antinomiam* evanescere compertum est.

perium merum, sed iurisdictionem duntaxat civilem, et huic adiunctam modicam coërcitionem habuit, *L.* 1. §. *ult.*, *L.* 2., *L.* 3. §. *sed si non latitet D. de susp. tutor.*, *L.* 1. §. *solent D. de off. praef. urb.*, *L.* 3. §. 1., *L. ult. D. de off. praef vigil.*, *L.* 1. §. *si filius D. de obseq. par. et patr. praest.* Vacabat autem Praefectus criminibus audiendis plerunque totos dies, ut Juvenalis arguit *Sat.* XIII. adhibitis prudentibus in consilium, ut Plinius Junior VI. *Epist.* 11.

In provinciis vero Proconsules, et Praesides provin- 2
ciarum gladii potestatem habebant, sub qua omnis alia gravior animadversionis species continetur; excepto eo solo, quod Praesides deportare in insulam, et confiscare bona sine speciali adnotatione Principis non possent, *L.* 7. §. *ult.*, *L.* 8. *et* 9. *D. de off. procons*, *L.* 3. *et* 4., *L.* 6. §. *qui universas D. de off. praes.*, *L.* 6. §. 1. *D. de interd. et releg.*, *L. un. C. Ne. sin ius. princ.* Legati vero Proconsulum, et ii, quibus Praesides iurisdictionem suam mandabant, de criminibus cognoscere non poterant; neque enim potestas gladii, aut alterius coërcitionis, quoniam Lege speciali deferebatur, mandari potuit, *L.* 1. *D. off. ei. cui mand. est iurisd.* Et ideo genus mandati extraordinarium, ac pene illegitimum dicitur, cum Proconsules custodiarum cognitionem legatis mandant, ut praeauditas custodias ad se remittant, *L. solent* 6. *D offic. Procons.* Neo adversatur, quod Trebium Germanum legatum sumsisse de servis supplicium legimus, *L. excipiuntur* 14. *D. de SC. Silan.* Credendum enim est a Proconsule profecturo mandatam ei cognitionem fuisse, quo casu mandatum valere, Lege Julia cautum est, *d. L.* 1. *de off. ei cui mand. est iurisd*, vel potius in eo responso non Legatum Proconsulis, sed Principis intelligere debemus, id est Praesidem; vocantur enim Legati Principis Praesides, ut Macer testatur, *L.* 1. *D. de off. praes.*, et Dion. *Lib.* 53. Praeter hos merum imperium habuit etiam Praefectum Praetorio, Praefectus Augustalis, *L. un D. de off. praef. praet.*, *L.* 3. *et* 4. *C. eod*, *L. un. D. de off. praef. Aug.* Magister militum, *L.* 1. *et* 2. *C. de off. mag mil*, *L.* 5. *C. de iurisd.* Comes

Alciat. 4. de C. S. R. 27. Cuiac. 19. obs. 11.

orientis, et Vicarii Praefectorum Praetorio, *L.* 1. *C. de off. vicar.*, Cassiod. VIII. *Form.* 1., Cuiac. *in par. D. de off. com. orient.* Latrunculatores autem, quorum mentio fit in *L. solemus* 1 *de iud.*, superioribus non adiicio; non enim imperium merum habuerunt, sed ut latrones persequerentur, et adprehenderent, constituti erant, unde et *lestodioctas* Graeci vocant, de quibus videndi Alciatus, et Cuiacius.

Quantum ad forum competens attinet summa regu-
3 la iuris est, ut accusator sequatur forum rei; hanc non minus in criminalibus atque civilibus causis locum habere, docet *L.* 5. *de iurisd om. iud.* Sortitur autem forum reus, non solum ubi deliquit, sed et ubi domicilium habet (1), et ubicunque reperitur, *L.* 1. *C. ubi de crim.*, *L. non est dubium* 11. *D. de custod. et exhib. reor.* In loco admissi eum accusari posse nemo dubitat, nam ne legatus quidem, qui legationis tempore Romae deliquit, revocare domum potest: nec clarissimi viri praescriptione fori uti, *L. non alias* 24. §. 1. *D. de iud.*, *L.* 1. *C. Vb. senat. vel claris.* Illud modo
4 videndum, ne forte hoc solo loco accusari possit, non etiam in loco domicilii, non ubicunque reperitur. Ex veteribus enim Accursius, quem plerique Dd. sequuntur, existimavit, ubicunque reperitur reus, non aliter eum accusari posse, nisi sine certo lare vagetur; propterea, quod ubivis habitare videatur, qui nusquam habitat: Ideoque verba *d. L.* 1. *Vel ubi reperiuntur*,

Conf. Argen. art. 12. gl. 1.

Farin. qu. 7. n. 13. Clar. §. fin. qu. 29. n. 7. Decia tom. 1. lib. 4. c. 13. n. 5. Covar. pr. 11. n. 17. Thom. dec. 5

---

(1) An iure civili in foro domicilii agi possit, si reus alibi deliquerit, ambiguum videtur. Et sane nullus subit iuris locus, quo domicilii forum in delictis alibi commissis fundetur: sed e contrario in L. 1. pr. et §. 4. D. *de off. Praef. urb.* dicitur Praefectum urbi non posse ullum crimen vindicare, quod extra urbem, ut ultra centesimum ab urbe lapidem admissum fuit. Non potuit igitur civis romanus, qui deliquit extra hunc terminum, coram iudice originis, seu domicilii, scilicet Praefecto urbi conveniri. Idemque ostendit L. I, C. *ubi de crim. etc.* quae loca, ubi reus conveniri potest, recensens nullam domicilii mentionem facit: cumque reus remitti debuerit ad locum delicti, hoc ipso satis confirmatur, domicilii forum in delictis alibi commissis competens iure civili non fuisse. Vid. Dissert. Henric. de Cocce. *de fund. in territ. potest. etc.* Tit. III. §. 7.

de vago homine intelligi vult. Arguit autem ex *d. L.* 5. *C. de iurisd. omn. iud.* ita: accusator debet sequi forum rei, Atqui non est forum rei, ubicunque is reperitur, sed ubi domicilium habet, aut deliquit. Verum quis non animadvertit, argumentum hoc Accursii laborare eo vitio, quod petitionem principii Logici vocant? Illud ipsum enim quaeritur, an forum sortiatur, ubicunque fuerit repertus. Nos affirmamus ex *d, L.* 1., quae simpliciter et sine distinctione docet, reos ubi reperiuntur, accusari posse. Confirmamus ex *L.* 3, *et L. congruit* 13. *D. de off. praes.* ubi similiter sine distinctione praecipitur, ut Praesides provinciarum latrones et sacrilegos conquirant, convictosque legitimis poenis adficiant. Haec loca, si quis distinctione aliqua coercere et limitare volet, distinctionem aliunde probet necesse est. Nec iuvat Accursium, quod alibi responsum est, reos ibi puniri, ubi deliquerint, *L.* 7. §. *pen.*, *L. ult. D. de accusat.*, *L. capitalium* 28., §. *famosos D. de poen.* Non enim hoc volunt JCti, tantum in loco admissi eos puniri posse; sed necesse non esse, ut accusator sequatur eorum domicilium; aut ut a Iudice in locum domicilii remittantur, si in loco admissi deprehensi fuerint. Sane si alibi deprehendatur reus, potest Praeses eius provinciae, in qua crimen admissum est, desiderare, ut cum prosequutione idonea ad se remittatur, *L. solent.* 7. *D. de custod. et exhib. reor.*, *Nov.* 134. *cap.* 5. Verum ea ipsa postulatio 5 arguit, posse etiam reum, ubi reperitur puniri, si non fuerit a iudice alterius provinciae remissio postulata. Atque ex his, quae contra Accursium, et communem scholam disputavimus, corruit etiam eorum sententia, qui scripserunt, non posse reum in loco domicilii accusari. Nam, si ubicunque reperitur accusari potest, utique etiam in loco domicilii accusari poterit, licet crimen in alia provincia sit perpetratum. Corruit denique eorum distinctio, qui existimarunt aliam esse accusationis, aliam inquisitionis, quae ex officio fit: rationem; si accusator aliquis existet, aut querente laeso iudex procedat, etiam in loco domicilii cognosci posse: sin citra querelam ex officio

Clar. §. fin. quaest. 30. n. 3. et 4. Farin. d. q. n. 12. Covar. d. qu. 11. n. 6. Decia. 4. c. 16. n. 2.

iudex in reum inquirat, non nisi in loco admissi id fieri posse. Quid enim *d. L.* 13., *et* 13. *D. de off. praef.*, nonne de Praeside ex officio inquirente in maleficos loquuntur? Atqui propositae distinctionis ne minimum quidem vertigium, aut argumentum ibidem relictum est. In primis vero mirandum est interpretes iuris certatim in huiusmodi sententias descendisse, cum eaedem perniciosissimae sint exemplo. Quid enim magis dolendum hodie, quam tot homicidia impune abire, postquam sectis in minutissimas partes provinciarum territoriis, atque iurisdictionibus, nullo negotio sicarii aufugiunt, atque alieni territorii finibus potiuntur? Scio, obtenditur illa ipsa iurisdictionum divisio; quodque peccasse adversum nos videri non possit ille, qui in alieno territorio deliquit. Verum eam ego rationem tum probandam existimo, cum delictum in alieno territorio perpetratum, contra statuta et ius proprium istius territorii perpetratum est. Cum vero caede facta ius divinum simul et gentium violatur, quemvis iudicem, in cuius manus reus inciderit, divinae legis atque communis salutis custodem et patronum esse decet. Tros Rutulusve fuat qui perimitur, nihil interest; neque minori flagitio homines in India necantur, atque in media Hispania. Itaque summopere hic laudo eorum Senatusconsulta, qui prehenso originario etiam de criminibus extra provinciam admissis quaerendum sibi existimaverunt (2).

Sand 1. tit. 1. des ult.

(2) Egregie hanc quaestionem pertractavit cl. Insubriae decus et ornamentum Paulus Risi *in animad. ad ius crim. pertin.* sub. *tit.* = *Quaestio ad fori competentiam etc.*, cuius verba non possum quin adscribam = *Legislatores, ut omnem impunitatis spem reis praeriperent, atque omne perfugium praecluderent, rei ubique comprehendendi iudicibus potestatem fecerunt, tam iis in quorum iurisdictione degerent, quam iis, in quorum iurisdictione delinquerent: ut quascumque in latebras se coniicerent, modo ne ex regni finibus pedem afferrent, inde eriperentur atque in vincula raperentur quemadmodum* L. 1. C. *ubi de crim. etc. Si cuius igitur Regni leges ubicumque quis violaverit, potest intra regni ipsius fines ubicumque comprehendi. Rei enim persona Regi subest, adeoque etiam iudicibus eius vices gerentibus, modo in eorum iurisdictione*

6 Videamus, quid sit dicendum, si caedes in confinio
facta sit et utriusque territorii iudex de cognitione
contendat. Hoc casu cognitionem alii deferunt ei, in
cuius territorio caput repertum est; alii contra eum
praeferendum censuerunt, cuius terram pedes pres-
sere. Est et tertia sententia existimantium, utrumque
cognoscere posse; contentionem autem ita derimendam,
ut praeferatur ille, qui occupaverit in reum inqui-
rere, seu, qui alterum praevenerit (3). Et haec qui-
dem tertia sententia nobis rectior visa est. Etenim,
qui caput spectant, eorum hoc solum est argumentum,
quod caput principale membrum corporis humani sit,
L, cum in diversis 44. *D. de relig. et sumt. fun.* Qui
pedes, hi praesumunt, stetisse in territorio caesum,
cum plagam acciperet. Neutrum tamen argumentum
7 ad probaudum in quod volunt, sufficiens est. Non enim
si principale membrum caput est, idcirco caedem in
meo territorio factam probat: neque si pedes in meo
territorio reperiuntur, idcirco necessarium est, ibi
inflictam esse plagam; varie enim iactantur morituri,
multique vehementius cum morte luctantur. Itaque
in re incerta merito eam amplectimur sententiam,

Quintil. decl 2. Hominis qui ferro occiditur tumultuatur exitus, et similis est repugnanti.

Bart. in l. 3o. §. cum oriundus D. de Excus tut Bald. in l. :9. D. com. divid. Zas. in par. ibid. n. ult. Carrer. de

saltem versetur. Cuius rei eausam cum quaesii, hanc unam verissimam reperi iudiees simul, non seorsim spectatos, utpote qui totius regni causis iudieandis praefecti fuerint, regis personam ac propterea auctoritatem referre, quae non ad aliquem locum contrahitur, sed aeque ad omnes longe lateque patet: hinc cum agitur de reo comprehendendo plures inferiores Curiae, in quas unica suprema dirempta fuernt, in unieam illam quodammodo rursus coalescunt, ut si reus hinc effugiat, illuc ineidat, ac metu Rempublicam liberet. Vide etiam laudat. Leopold. Cod. *art.* 34. cum *mies observat.*

(3) Fateor et ego in hac quaestione iudicem esse praeferendum, qui praeoccupaverit, non autem existimu ipsum praeferri iure praeventionis. Praeventio enim duos aeque competentes iudices exigit; in nostra autem facti specie unus tantum competens esse potest, quamvis dubitetur cuius sit competentia. Igitur, si nemo iurisdictionem suam ostendere omnino possit, quemadmodum in proposita quaestione, ideo praeferendus videtur qui eandem in reum praeoccupavit, quod alteri impossibile sit de ipsius incompetentia conquaeri et docere; et quidem ea plane iuris ratione, qua quis adeptam possessionem tuetur, quousque alius de meliori possidendi titulo doceat.

homicid § post vero n 51. Farin. de qu. 7. n. 5. Clas. p. 1689 n. 10 Arg art. 12. gl. 2. n. 3 Clar. §. fin.

quae magis vindictae caedis favet; quam etiam interpretes non ignobiles amplexi sunt. Sed quod diximus praeferri eum, qui occupaverit in reum inquirere, id alii ad citationem, alii ad prehensionem referunt Verum ad prehensionem magis, quam ad citationem referendum est; frustra enim citatione a te facta praeventum adversarium dicas, si ille in manibus reum habeat; non amissurus eundem, nisi de innocentia constiterit. Et hoc quidem maxime consentaneum est priori disputationi, qua defendimus, reum ubicunque reperitur, accusari posse; nam si ubicunque, utique potior esse debet ille, qui prehendeeit. Si tamen neuter reum prehenderit, eo casu praeventio per citationem quoque fieri poterit. Proxima huic est quaestio
8 de crimine in alterius territorio inchoato, in alterius consummato. Qua quaestione non indigeremus, si iuri Romano locus esset, quod in reum ubicunque deprehensum animadvertit. Sed quoniam divisis territoriis perniciosior opinio invaluit, non immerito quaeritur, cuius sit animadversio; si ex. gr. alibi tormentum excussum, alibi transfixus homo sit; alibi falsum instrumentum scriptum, alibi productum sit: Si alibi raptam, alibi stupraveris; alibi vinctum, alibi spoliaveris? Et recte responsum iudico ab interpretibus in omnibus hisce exemplis utriusque territorii iudicem animadvertere posse; Idem in posterioribus exemplis videtur non difficile iudicatu esse, non solum enim stuprare, spoliare, sed et vincire, rapere crimen est; nec falsi duntaxat tenetur, qui recitat, sed et qui scribit, qui signat sciens dolo malo falsum instrumentum, *L.* 1. §. 4., *L.* 2., *L.* 9. §. *poena D ad L. Cornel. de fals.* Prima specie difficultatis aliquid habet; non enim defuerunt, qui existimarent, in ea species locum consummati sceleris spectandum esse; pro quibus facit, quod telum arcu, vel tormento mittere, non caedes, sed conatus caedis sit; conatus autem moribus hodiernis non punitur poena capitis. Igitur nec in eo loco, unde emissum telum est, caedes facta dici potest. Verum hac ratione non obstante rectius dicemus, etiam in ea specie utrique

quaest. 38. n. 11. Decia. 4. crim 3. n. 6. et cap. 2 Boss. tit. de fur. comp. n. 105. Damhoud cap. 33 n. 5. Coreu consil. 30. Farin. d qu. 7. n. 56 Farin. d. qu. 7 n. 44. Morn: c in l. ult D. de iurisd Arg. rt. 12. gl. 2. C lar. d quae . 38. . 9 3: .

cognitionem deferendam esse; non enim conatus vocari potest, cum sequuta caedes sit. Danda autem nobis opera est, ne dum alteri soli cognitionem tribuere volumus, viam reo ad elabendum sternamus. Itaque ita potius ratiocinandum: Quemadmodum in ipsis finibus et iuxta lapides finales caedes facta, recte in utroque territorio facta dicitur, quoniam fines communes sunt, ita etiam crimen in alterius territorio inchoatum, in alterius consummatum, recte in utroque factum dicitur, quoniam in partes scelus dividi non potest. Adhaec, quemadmodum cum plures tignum abstulere, quod ferre singuli non poterant, omnes furti teneri dicimus, quamvis subtili ratione defendi possit, neminem eorum sustulisse, ita etiam cum alibi tormentum displosum, alibi caesus homo est, utrique iudici deferre notionem debemus, cum nec impunita maleficia esse debeant, nec facile constitui possit, uter potius cognoscere debeat (4). Multa

Deciaň. cap. 17. n. 9. et seqq. Arg. ast. 12. gl 2. a. 1.

---

(4) Quaestio praeiudicialis est, uti optime observat Bohem. *ad Carpz* 110. *Obs*. 3., utrum *inchoatio* in delicto, a *consummatione* distincte separari, et utraque circa idem delictum diverso loco consistere possit. Aut enim agitur de delicto quod perfectum, ut, uti dicitur, *consummatum* fuerit, aut de actibus ad sceleris perfectionem obtinendam susceptis quin tamen ipsa actio fuerit suscepta, a qua delicti pendet perfectio. In priore hypothesi non actus, qui delicti *praeparatorii*, ut ita dicam, sunt, sed ipse actus, quo delictum perficitur, vere ac proprie crimen constituit. Fit inde ut locus admissi criminis ille tantum sit, in quo fuerit suscepta actio, quae crimen perfectum et *consummatum* efficit. In posteriore vero hypothesi, cum sceleris perfectio deficiat. Lex tamen adsit, quae conatum delinquendi ordinaria, vel extraordinaria poena coërceat, locus admissi criminis non alius equidem esse potest, quam ille, ubi postremi actus, ad sceleris executionem directi, suscepti sunt. Hisce praestitutis, facilis est animadversio de casibus ab Auctore prepositis, eorumque est expedita decisio. Si tormentum alibi excussum, alibi trasfixus homo fuerit, in utroque loco ideo crimen perfectum dicitur, quod unus actus ab altero distinctus neutiquam est, sed unus cum altero individuo nexu cohaeret et uterque coniunctim, non quilibet separatim necem alterius comprehendit. Si alibi instrumentum falsum scriptum, alibi productum sit, crimen falsi in eo tantum loco evenit, in quo instrumento quis usus fuerit, cum huiusmodi delictum, non falsae scripturae confectio, sed eiusdem usus constituat. Si alibi rapta, alibi stuprata puella fuerit, eatenus locum raptus pro Fori competentia in rapientem tux-

autem huiusmodi, contra rationem disputandi, pro
utilitate communi recepta sunt, *L. ita vulneratus* 51.
D. ad L. Aquil. Atque his rationibus motus, non exi-
9 stimaverim diversum respondendum esse; si in hac
provincia mandaveris caedem fieri, in alia caedes facta
sit; quamvis communiter interpretibus placuerit, eo
casu locum caedis tantum, non etiam mandati spe-
ctandum esse. Vincere enim debet publica utilitas
disputandi subtilitatem, ne dum de iurisdictione di-
sceptatur, effugium reo pateat. Nec movere nos debet,
quod obiiciunt nonnulli; absurdum fore, si utrique
domino cognitione delata, ab altero condemnetur forte
mandans, ab altero absolvatur mandatarius; aut idem
mandans ab altero absolutus, ab altero condemnetur.
Prius enim idcirco absurdum videri non debet, quo-
niam satius longe est, vel alterum condemnari; quam
utrumque iustam poenam effugere. Nec novum est,
ex duobus eiusdem delicti reis, alterum condemnari,
alterum absolvi; id enim in quaestione Legis Juliae
de adulteriis contingere potest, quae damnato adultero,
integram voluit esse defensionem adulterae, *L. de-*
10 *nuntiasse* 17. §. *quaeritur D. ad L. Jul, de adult.* Po-
sterius vero quod attinet, difficile dictu est, condem-
nari ab alio iudice eum reum, qui ab alio iam abso-
lutus est, cum de eodem admisso bis quaeri non possit,
et res iudicata pro veritate habeatur, *L.* 7. §. *iisdem*
D. de accusat, *L. ingenuum* 25. *D. de stat. hom* . Ac
licet diviso in partes plurimas Romano orbe, sectisque
multifariam territoriis dici possit, sententiam in alia
provincia latam, alterius provinciae iudici non obes-

Ctar. d. qu. 38. n. 6. Vide Farin. d. qu. 7. n. 47. Decia 4. cap. 17. n. 8.

---

tum considerat laudatus Bohem. l. c. quatenus huiusmodi delictum sola Puellae abductione perficitur. Ad eam vero facti speciem in qua alibi quis vinctus, alibi spoliatus fuerit, quod attinet, animadverto duplici ratione eam posse expendi. I. Quatenus actus, quo quis vincitur crimen indubie per se constituit, et hae in hypotesi aliud est crimen in loco, ubi quis vincitur, aliud il loco, ubi spoliatur. II. Quatenus actus, quo quis vincitur veluti *praeparatorius* habetur eius, quo quis spoliatur, et hae in hypotesi iuxta statuta principia in eo tantum loco crimen admissum censetur, in quo spoliatus quis fuerit.

se: penitus tamen re pensitata adparebit, hodie quoque rem iudicatam in alio territorio, in alio pro veritate haberi posse. Nam, aut idcirco reus absolutus est, quod innocentiam priori iudici plene probavit; aut, quod circumventa sit iudicis religio, aut quod accusator in probando crimine defecerit. Si plene probaverit innocentiam reus, absolutio rite facta ubicunque terrarum ei prodesse debet; in primis quoniam sententia in personam, non in rem est: cuius generis sententiae secundum consuetudinum municipalium peritos, personam, quacunque migret, comitantur. Sint iudicantis religio circumventa dicatur, puta accusatoris praevaricatione, aut subornatis a reo falsis testibus, et testimoniis, tum sane aequissimum, atque etiam iure civili permissum, ut detecta fraude reus repetatur, *L.* 3. §. 1. *D. de praevar.*, *L. si quis homicidii* 11. *C. de accusat.* Quod si ideo reus absolutus sit, quod defecerit in probando crimine accusator non erit absurdum condemnari eundem ab alio iudice; propterea quod hodie deficiente accusatore, non solet reus absolvi a crimine, sed ab instantia duntaxat praescriptione igitur rei iudicatae se tueri eo casu non poterit.

Consideremus an diversum respondendum sit, in alio territorio iniuria facta sit, in alio degat ille, cui facta dicitur, veluti si Batavo in Frisia convicium dictum, aut famoso carmine in Batavia Frisius proscissus sit. Sunt qui non diversum, sed idem quod de superioribus exemplis, respondendum censent; eoquod in Batavia libellus inchoetur, in Frisia consummetur: denominationem autem delicti, iuxta Bartolum, a fine atque consummatione fieri. Horum ego sententiam ita demum admittam, si prope fines praesentibus nobis atque audientibus convicium dictum sit, aut libellum famosum auctor ipse sparserit, et finibus nostris immiserit. Priore enim casu, vox ipsa, loquentis conatu impulsa, atque ad aures nostras advolans: posteriore, immissio carminis famosi in alienam provinciam efficiunt, ut utroque loco contumelia videatur illata. Quod si nihil horum factum sit, non

II Decian. 4. cap. 17. n. 10. Add. ad Clar. §. fin. quaest. 38. n. 19. Zanger part. 2. de Except. cap. 1. n. 234. Carpzov. part. 3.

aliter in nostro territorio reus conveniri poterit, nisi ibidem reperiatur. Non enim quod convicia alibi dicta, adstantes excipiant atque divulgent, idcirco, ubi degit infamatus, ibi contumelia fit: alioqui in Galliam quoque, et Hispaniam, dissita longius loca reus evocari posset, si per peregrinantes eo usque contumeliae fama penetrarit. Postremo si in alia provincia convicium mihi dictum, vel contumelia illata sit, non inchoata, sed perfecta iniuria est, etiamsi fama rei serius ad me pervenerit. Iniuria enim etiam absenti et ignoranti fieri potest, *L.* 3. §. *itaque pati D. de iniur.*

quaest. 110. n. 18 Bartol. in l. 3. n 8. D. de accus.

Conf. Arg. arg. 265. p. 997. n. 13. in fin.

12 Atque ea, quae de foro competente hactenus diximus, ita sibi locum vindicant, si non speciali foro privilegio reus gaudeat. Gaudent autem fori privilegio in causis criminalibus paucissimi; ac nescio an alii praeter illustres vires, qui aut summis dignitatibus functi sunt, aut honorariis a Principe codicillis donati. Ex quibus illi accusantur in consistorio Principis: hi apud Praefectum Praetorio, vel Praefectum Urbi, vel Magistrum officiorum iubente Principe, *L.* 3. *pr. et* §. *viros C. ub. Senat. vel claris* (5). De militibus dubitatur, an privilegium fori habeant in criminibus. Et sit quidem crimen militare sit, consentiunt omnes, Magistri militum cognitionem esse: si vero commune, variant interpretes. Aut privilegium militi adserunt, moventur *L.* 1. *C. de off. mag. mil. L.* 6. *C. de iurisd om. iud.*, *L.* 2. *C. ub. quis de cohort. cond. conv. L.* 9. *D. de custod. reor*, *L.* 1. *C. de exhib. reis*. quibus locis generaliter, et sine distinctione criminum animadversio Magistro militum con-

Decis. d. lib. 4. cap. 15.

(5) De Fori privilegio pro Senatoribus memorari meretur L. 12. *Cod. Theod. de iurisdic. et ubi quis conven. etc.*, quamvis Justinianus suo Cod. minime eam inseruerit = *In criminalibus causis Senatus statuta tamdudum quinqueviralis iudicii forma servabitur. In quo cum perfacile esse credamus optimos legere de summis sortito tamen ad iudicium vocabuntur, ne de capite, atque innocentia alterius iudicio electi iudicent.* Scilicet id vult Honorius Imp., sorti rectius committi, quam iudicio: sive ad affectationem vitandam, sive ad suspicionem amoliendam: qua sane ratione quaestionis iudicem sorte olim ductum, notum est. Cons. Iacob. Gothofr. ad d. L.

cedi videtur. Idque etiam confirmat *Nov. Theod.* 2. *tit. de amot. milit. for. praescr.*, nec distinguit Poeta *Satyr. ult.* cum ait:

Legibus antiquis castrorum, et more Camilli
Servato, miles ne vallum litiget extra,
Et procul a signis; iustissima centurionum
Cognitio est igitur de milite, nec mihi deerit
Ultio, si iustae defertur causa querelae.

Postremo, pro eadem sententia adduci poterat Traiani rescriptum ad Plinium *lib.* x. *Epist.* lxxxii., *Si* 13
milites erunt, inquit, *legatis eorum, quae deprehenderis notum facies: aut si in urbem versus venturi erunt, mihi scribes*. His tamen non obstantibus, si Libros Iustiniani spectes, verius est in communi crimine privilegium militantium cessare. Testis huius rei Menander in *L.* 2. *D. de re milit.*, cum ait, communis criminis communem persequutionem esse (6). Testis Modestinus in *L.* 3. *eod.* cum ait, desertorem, si quid gravius admiserit in provincia, ibi puniendum esse ex constitutione Severi et Antonini. Testis Papinianus in *L. ult. D. de accus.* cum ait, etiam milites in ea provincia puniendos, in qua deliquerint, Testis denique Imp. Antoninus in *L.* 1. *C. ad. L. Corn. de sicar.* cum ait, rectius facturos milites, si se Praesidi eius provinciae sistant, in qua caedem admisisse dicuntur. Ne quis autem existimet, ab hoc iure novis constitutionibus recessum esse, tenendum est ex constitutione Theod. et Valent. *Tit. C. In quib. caus. mil. for. praescr. ut non poss.*, privari privilegio fori eos, qui in provincia negotiati sunt. Quod si negotiantibus praescriptio fori denegatur, quanto gravius est delinquere, quam negotiari, tanto etiam magis credendum, delinquentibus praescriptionem denegatam esse. Sed ne diutius animi pendeamus, omnem dubitandi scrupulum tollit Nov. 8. *cap.* 12. ubi Imp. Justinianus satis

Decis. 4. cap. 17. n. 6.

(6) *Militum delicta sive admissa, aut propria sunt, aut cum ceteris communia: unde et persecutio aut propria, aut communis est. Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit.* Ita in *pr. cit.* L. 2. D. *de re milit.*

dilucide adimit militibus, fori praescriptionem. Quod autem ad leges pro contraria sententia adductas attinet, eae distinctione conciliari possunt: nempe si dixerimus, militem qui in castris est, non posse accusari extra vallum; nec remitti ad Praesidem eius provinciae, in qua crimen admisit. At si derelictis signis a Praeside deprehensus fuerit, Praesidis esse animadversionem, nec cogi eum, remittere deprehensum ad Ducem suum cum elogio. Illud sane extra contentionis aleam esse debet, si miles post commissum commune crimen missus militia fuerit, a iudice ordinario animadverti in eum posse, etiamsi ignominiae causa missus fuerit; non enim infamia pro magno crimine satis supplicii est, *L. 4. §. ignominia missus D. de re milit.*, *L. ul. D. de fur. baln.* Extra controversiam etiam pono, cessare privilegium fori in crimine laesae maiestatis, *arg. L. 3. et 4. C. ad L. Iul. mai.*, raptus *L. un. §. sin autem C. de rapt. virg.* magiae et matheseos *L. 7. et ult. C. de malef. et mathem.* (7).

Tantum de milite: transeamus ad studiosos, quibus
14 et ipsis praescriptionem fori tam in civilibus, quam criminalibus causis datam esse, nonnulli arbitrantur et id quidem praeter Accursium et Bartolum, visum etiam ex recentioribus viris doctissimis. Hugoni Donello; et Scipioni Gentili. Contra vera plures existimant, privilegium fori in civilibus duntaxat caussis

Accurs. in d auth. verb. si litem. Bart. ibid. n. 5. Donel. ibid. n. 17. Gentil. 3. de iurisd. 17.

(7) Illud probe animadverti oportet, Fori privilegium non impedire quominus Magistratus *ordinarii* eos, qui huiusmodi privilegio gaudent comprehensos interea sub custodia contineant, dum ad competentes iudices referunt, et quidem ne sub specie dignitatis rei elabantur, et facinora impunita remaneant. Ita cautum reperio in L. 1. C. *de exhib. et transmit. reis* summatim descripta ex Valentiniani constitutione quae integra extat in L. 2. *Cod. Theod. eod. tit.* = *Quisquis fuerit, quem crimen pulsat, quem negotium tangit, comprehensum cum iudex sub custodia constituat: atque ita vel causae meritum, vel personae qualitatem ad Nos referat, vel si longius fuerimus ad inlustres Viros Praefectos Praetorio sive ad Magistros militum, si militaris fuerit persona; ne sub specie vel verae vel ementitae dignitatis facinora dilabantur. Interim ille, qui in suspicionem venerit negotii criminalis cuiuscumque honoris esse dicatur, comprehensus ex officio non recedat.* Vid. Gothofr. *in com. ad h. l.*

studiosis indultum, *Auth. habita C. ne fil. pro patr.*, quorum sententia mihi quoque verior videtur. Nec enim persuaderi mihi potest, tantam rem tam frigide Fridericum dicturum fuisse, ut ne verbulo quidem meri imperii faceret mentionem. In primis cum gladii potestas legem specialem desideret, nec contineatur generali et indefinita oratione, ut pluribus Longovalius et Molinaeus defendunt, *arg. L.* 1. *D. off. ei cui mand. est iurisd.*, *L.* 6. *D. de pignor. et hyp.*, *L. ult. D. de supel. legat.*, *L.* 2. §. 1. *L. cum fundus* 21. *D. de instr. vel instr. legat.* Accedit eo, quod Fridericus causa cadere eum vult, qui studiosum ad iudicem non suum traxerit; id autem actioni quadrat, accusationi non aeque. Absurdissimum enim foret, causa cadere ob eam rem accusatorem, atque ita impune abire crimen a studioso admissum. Vetat praeterea Fridericus studiosos ob alterius delictum clarigari et conveniri; ob suum ergo delictum apud iudicem ordinarium conveniri possunt. Nec verisimile est, Fridericum plus studiosis indulgere voluisse, quam militibus et Clarissimis viris indultum sit, quorum admissa a iudice ordinario vindicantur, *d. Nov.* 8. *cap.* 12. *L.* 1. *C. Ub. sen. vel claris.* Postremo si Fridericus Primus, cuius est *d. Auth. habita*, iurisdictionem criminalem Academiis indulsisset, verisimiliter etiam Academiae Neapolitanae eandem iurisdictionem indulsisset Fridericus Secundus: Atqui nulla prorsus eius rei mentio fit in epistolis Friderici II. de Academia Neapolitana constituenda apud Petrum de Vineis 3. *epist.* 10. *et seqq.* Igitur *d. Auth.* tantum de civili, non criminali iurisdictione intelligenda est. Quae autem a dissentientibus obiiciuntur, ea nullo negotio possunt profligari. Aiunt, beneficia Principum plenissime interpretanda esse; quod nos quoque fatemur, sed hactenus, ut ne aut verbis Principis vis inferatur, aut fiat aliquid contra manifestam eius sententiam. Aiunt non fieri verbis: simplicitur enim Academiis iurisdictionem concedi; igitur utramque, tam criminalem, quam civilem. Respondeo, imo civilem tantum, non criminalem: quia, ut modo dicebamus, iurisdi-

Longov. in l. 3 de iurisd. Molin. ad tous Paris §. 1. glos. 5. n. 48.

ctionis verbo absolute posito, non continetur criminalis. Aiunt denique, nihil novi a Friderico constitutum videri, si constitutionem ad civilem iurisdictionem restringamus. Respondeo, atqui id ipsum noviter constituit, ut in civilibus causis gaudeant studiosi privilegio fori, cum ante coram iudice ordinario iudicium suscipere cogerentur.

15 Superest, ut de clericis aliquid dicamus, quibus privilegium fori tam in criminalibus, quam civilibus causis indultum videmus constitutionibus Pontificiis; et ita quidem, ut nec volentes privilegio suo renunciare possint, *c. clerici de iud., c. si diligenti, c. significasti de for. compet., c. quanquam de censib. c. si Imp. dist.* 69. Utrumque profecto contra ius fasque omne. Nam nec subtrahere se suosque legibus civilibus Pontifices potuere, quos sacra pagina potestatibus huius seculi aperte subiicit, et valde impotenter clericis suis dominantur, cum vetant eos beneficio suo renunciare, quandoquidem hoc naturae consentaneum est, posse unumquemque aliquid de iure suo remittere. Verum cum ea disputatio a plurimis iam viris summis agitata sit, nos quosque eandem paucis perstrinxerimus in prolegomenis *cap.* IV. actum agere nolo. Illud duntaxat adiicio, non posse aliter indicari, nisi praeter modum indulsisse vitiis illos, qui tanta pertinacia in defendendo privilegio suo usi sunt. Tholosae anno praeter propter cIↃ IↃ XLVIII. Senatusconsultum factum, quo impudicitia sacerdotum gravibus poenis coercebatur, facta regiis Magistratibus potestate animadvertendi, ob id quod iudices ecclesiastici connivere dicerentur. Non tulit rasus ordo, neque ad regem delata pervicit, ut SC. indeceretur. Alio tempore cum quidam Ioannes Imbertus sacerdos Arelati puerum sexennem raptu et stupro contaminasset, atque ut tantum flagitium a Senatu Aquensi ad mortem damnatus esset, non erubuit Archiepiscopus sacris interdicere Senatui, perinde ac si morte aeterna luendum scelus esset, attingi caput flagitiis contaminatum a Magistratu seculi. Infinita huiusmodi historiam monumenta suppetere possunt; ex quibus adparet, quam

Decia. 4. crim. cap. 9. Chass. p. 221. De ambitione Pontificum. Arg. art. 5. not. 2. et art. 6. not. 1. art 44. gl. 1. et 2.

Thuan. lib. 8. histor.

Thuan. lib. 126.

Rob. 2. rer. iud. 6.

Catilinae Cethegos, Clodii Cupennios ament. Nec grandius unquam aut fide magis dignum testimonium eis perhibitum, quam illud Maximiliani II., qui cum de sacerdotum coniugiis cum pontifice Romano ageret inter alia argumenta quibus persuadere Pontifici conabatur, et hoc usus est; vix unum e multis reperiri, qui castum caelibatum praestet, omnes fere publicos esse scortatores (8).

Tantum de iis qui privilegium fori habent: auctarii 16
loco accedat aliquid de prorogatione iurisdictionis, et litis contestatione, in civilibus causis subiectione litigantium, nec non litis contestatione iudicem incompetentem posse fieri competentem, certum est, *L. est receptum* 14. *D. de iurisd. L.* 2. *pa. et* §. 1., *L.* 33. *et pen. D. de iud., L. acceptum* 30. *D. eod. L.* 4. *de iurisd.* An idem locum habeat in criminalibus, controversum. Communis quidem schola adfirmat; sed contradixit eidem Baldus in *L. si qui ex consensu C. de episc. aud.* Ego in re dubia tutius communi scholae adhaesuros nos arbitrior. Etenim *d. L.* 4. *C. de iusisd. omn. iud.* dum citat Legem Juliam iudiciorum, tam publica, quam privata iudicia complectitur. Eundem in finem adducitur a Dd. *L.* 1. *C. ub. de crim.*; sed argumento non satis firmo; nam quod ibi de crimine inchoato dicitur, di non necessario de inchoata accusatione intelligendum, cum possit etiam referri ad ipsum crimen alibi consummatum. Nec advarsatur, quod iurisdictio

Decis. 4. cap. 23.

(8) Privilegium Fori, quo Clerici, tum in civilibus, tum in criminalibus causis gaudebant non abs iure divino, sed a Principum christianorum liberalitate esse repetendum saniores utriusque iuris interpretes iamdudum conclamarunt. Verum hisce temporibus, quibus ipsi Principes hanc iuris publici, quod omnes cives constitutis in Republica Magistratibus subiicit, relaxationem revocarunt, nimis auctoris declamatio inutilis omnino perspicitur. Praeclare Groticus ius Principum in revocandis privilegiis, quae duntaxat legis relaxationem continent explanat in *lib.* 2. *de iur. bell. et pac. cap.* 14. *n.* 13. = *Sunt alia* (beneficia), *quae vinculum dumtaxat legis demunt sine ullo contractu. Et haec sunt revocabilia. Quia sicut lex sublata universaliter reponi universaliter potest: ita et particulariter reponi. Nullum enim hic ius quaesitum est adversus legis auctorem.*

criminalis lege detur, *L.* 1. *D. de off. ei. cui mand. est iurisd.*, *L. solent D. de off. procons.* Non enim subiectio litigantium iurisdictione tribuit ei, qui non habet: sed ei qui non habet, tribuit in ea causa, inque eas personas, quae se iurisdictioni eius ultro subiiciunt. Privatorum enim consensus solus, non potest facere iudicem eum, qui nulli praeest iudicio, *L.* 3. *C. de iurisd. om. iud.* Verum enim vero, ne quem argumentatio ista transversum rapiat; adducemus pro communi sententia loca ab aliis non addicta, *L. si dum in tuo* 14., *et seq. C. ad L. Jul. de adult*, *L. ult. C. Theod.*, *L. si maritus* 15. §. *praescriptiones D. ed.* Ex quibus adparet, habere locum in criminibus fori praescriptionem; eamque ante litem contestatam opponendam esse. Si igitur litis contestatione forum incompetens fit competens; etiam subiectione litigantum id fieri necesse est cum inter subiectionem tacitam et expressam, nulla possit idonea reddi ratio diversitatis (9).

---

(9) Quae sub hoc. *num.* de Iurisdictionis prorogatione, et litis contestatione auctor pertractat, nisi adamussim explicentur, perspectis iuris principiis parum consona videntur. Igitur fori competentia sub hoc *num.* ad Personam Accusatoris potissimum est referenda. Considerata autem sub hoc respectu Fori competentia, certum est accusatorem ante Magistratum illius provinciae, accusationem instituere debere, ubi crimen admissum fuit. Atque hoc est, quod perspicuis verbis declarat *cit.* L 14. C. *ad L. Jul. de adult. Si dum in tuo matrimonio uxor tua esset, se adulterio polluit, in ea provincia, in qua idipsum factum est adulterium, more solito persequi debes.* Quid itaque, si accusatio in ea provincia instituatur, ubi crimen patratum minime fuit? Adeo nullius erit momenti istiusmodi accusatio, ut sive accusatus queratur, sive taceat, magistratus illius Provinciae eam excipere baud possit, nec cogere reum alibi degentem, ut ibi se sistat, vel petere, ut ad se remittatur. Est enim iuris publici principium, cui neque iudici, neque accusatori, neque ipsi accusato derogare licet, ut nimirum accusatio ibi instituatur, ubi crimen admissum fuit. Si vero in alia provincia, quam in ea, ubi deliquit, reus reperiatur, et comprehendatur, ipse utique de violata iurisdictione conqueri non potest, et quidem ob ea, quae ex laudato Risi in medium protuli in *not.* (2) *ad Cap.* 5. Reus tamen, petente iudice loci, ubi deliquit ad eum erit remittendus, vid. L. 7. D. *de cust. et exhib. reor.* et *nov.* 134. *cap.* 3.

Superest ut nonnulla addam de vero sensu *cit.* L. 4. C. *de iurisd. omn. iud.* et *cit. L. ult. C. Theod. ad L. Jul. de adult.* et inde

CAPUT VI.

De delatione nominis, et inscriptione in crimen.

Quae hactenus dicta sunt ad personas pertinent; nunc propius ad ordinem atque processum accusationis accedamus. In quo demonstrando, quoniam non omnia ex libris Justiniani desumi possunt, dabo operam, ut ex aliis Auctoribus, quae in rem nostram sunt, transferantur. Ante omnia igitur, qui alium accusaturus erat, deferebat ad Praetorem, vel eum qui iurisdictioni criminali praeerat, nomen rei, postulans, ut

---

appareat frustra eas auctorem pro quaestione proposita in medium protulisse. Ad priorem ergo quod spectat, animadvesto in ipsa L. privilegium necessario supponi, quo ordinariae sedis examen declinari queat, et statui ut fori praescriptio, quam privilegium suppeditat, ante litem contestatam instituatur; ea enim est, huius exceptionis ratio, ut, quemadmodum ceterae dilatoriae tantum ante litem contestatam opponi queant. En verba ipsius legis = *Nemo post litem contestatam ordinariae sedis declinet examen.* Et sane, excluso fori privilegio, non video, quare Imp. in *cit.* L. tempus litis contestationi subsequens memorare debuerit, cum ex regula generali certum sit, neque ante litis contestationem ordinariae sedis examen declinari posse. Ad posteriorem quod attinet, observavit Gothofr. in *comment.* ad *cit.* L. ibi fori militaris praescriptionem in adulterii crimine militibus adimi, si in eodem loco consistant, ubi maritus adulterii accusationem instituit. Scilicet milites iis temporibus fori praescriptionem in criminalibus habebant. Verum in adulterii crimine praescriptionem hanc eos non habere in *cit. constit.* declaratur, quae ideo ad *Comitem et Magistrum utriusque militiae data est*, quod is competens et proprius iudex esset militum: isque de eo ad Imp. forte retulisset tanquam *praerogativas militaris adsertor.*

inter reos reciperetur. Et si quidem praesens esset reus, vocabat, ducebat eum ad Praetorem; sin abesset, delato nomine, atque inscriptione facta reus citabatur, exhibebaturve. Tacitus II. *Annal.*, *Marcusque Vibius nuntiavit Pisoni, Romam ad dicendam causam veniret. Ille eludens respondit, adfuturum, ubi Praetor, qui de veneficiis quaereret, reo atque accusatoribus diem pradixisset.* Seneca in *Apocol.*, *Ducit illum ad tribunal. Aeaci: Is Lege Cornelia, quae de sicariis lata est, quaerebat. Postulat nomen eius recipi. Edit subscriptionem, Occisos senatores* XXX., *Equites Romanos* CCCXV. *atque plures.* Cicero IV. *Verr.*, *Hic tum repente Pacilius quidam homo egens et levis accedit: Ait, si liceret, nomen absentis deferre se velle. Iste vero, et licere et fieri solere, et se recepturum. Itaque defertur.* Gratianus in *L.* 2. *C. de exhib. et transmit. reis*, *Ex longinquo si quis est accipiendus, non prius insimulanti, id est accusatori praebeatur adsensus, quam solenni lege se vinxerit et in poenam reciproci stilo trepidante recaverit.*

Inscriptio nihil est aliud, quam professio accusa-
2 toris, qua profitetur, se, ex. gr. Milonem deferre Lege Cornelia de sicariis, eumque reum a se peractum iri. Id autem fit vel libello iudici porrecto, vel in codice publico querela deposita. *L.* 3. *D. de accusat.*, *L.* 2. *C. de exhib. et transmit. reis.*, *L.* 3. *C. de his qui accus. non pos.*, *L. si quis* 8. *C. de accusat.*, *L.* 2. §. *pen. D. ad L. Jul. de adult.*, *L.* 4. *C. Theod. da custod. reor.* Iungitur porro inscriptioni subscriptio, qua is,
Symm. 20. ep. 70. qui libellum accusationis porrexit, testari debet, se professum esse; vel alius pro eo, si literas nesciat. Sed et eadem subscriptione ad talionis poenam se obligat, si calumniae convictus fuerit, *d. L.* 2. *C. de exhib. et transm. reis*, *L.* 3. §. *item subscribere*, *L.* 7. *pr. et* §. I *D. de accusat.* Adparet igitur interesse aliquid inter inscriptionem, et subscritionem, hanc illius partem esse, tametsi multis aliis locis promiscue capiantur, ut apud Senecam loco iam adducto: item *L. ult. D. de priv. cel.*, *L. ult. D. de furt.*, L. *Aithales* 24. *D. ad L. Corn. de fals.*, *L. C. ad SC. Turpil.* Alia

sane sensu, ac longe diverso subscribere illi dicuntur causidici, qui se accusatori iungunt, vel iuvandi, vel observandi gratia, ut Asconius notat 1. *Verr.*, *Subscriptores dicuntur*, inquit, *qui adiuvare accusatorem causidici solent; quos oportet submissius agere, quam dicat ille, quem sequuntur.* Nec solum chartarum causa, atque iuvandi accusatoris adhibe- 3
ri solent, sed etiam ut ne facile corrumpatur. De hac subcriptione Cicero loquitur *in Epist. ad Q. Fratr., Gabinium de ambitu reum fecit P. Sylla, subscribente privigno Memmio.* Tacitus 1. *Annal., Nec multo post Granium Marcellum Praetorem Bithyniae, Quaestor ipsius Caepio Crispinus maiestatis postulavit, subscribent Romano Hispone,* Idem Cicero 1. *Verr. Esto: ipse nihil est, nihil potest; at venit paratus cum subscriptoribus exercitatis et disertis. Et tamen hoc aliquid, tametsi non est satis; omnibus enim rebus, is, qui princeps in agen lo est, ornatissimus et paratissimus esse debet.* Et mox., *Custodem, inquit Caecilius, Tullio ne apponite. Quid? mihi, quam multis custodibus opus erit, si te semel ad meas capsas admisero? qui, non solum ne quid enunties, sed etiam ne quid auferas custodiendus sit.*

Alia inscriptionis pars videtur esse cautio illa, qua 4
accusator cavere iubetur, se perseveraturum in crimine usque ad sententiam. Quae cautio non nuda repromissio est, sed satisdatio, ideoque fideiussorem desiderat, *d. L.* 7. §. 1. *D. de accusat.*, *L.* 3. *C. qui accus. non pos. L.* 1. *et* 2. *C. ad SC. Turpil.* Et licet hodiernis moribus exolevit, optima tamen ratione introducta est, ut temeritas accusatoris etiam damno pecuniario coërceretur, eoque latitante, esset, unde quantitas poenae nomine promissa peti posset.

Ceterum inscriptionis formulam quandam Paulus 5
nobis reliquit in *d. L.* 3. *D. de accus., Coss. illis, die illo, apud illum Praetorem, Proconsulem, L. Titius professus est, se Maieviam Lege Julia de adulteriis rem ferre, quod dicat eam cum G. Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, Consulibus illis adulterium comisisse.* Subscriptionis autem conceptio-

nem, absque cautione tamen, ex monachi cuius nescio schedis, descripsit peritissimus omnis antiquitatis Brissonius *Lib.* v. *Formul.* istam: *Ego ille, adversum te in rationibus publicis adsisto. Si te iniuste interpellavero, et victus exinde adparuero, eadem, poena, quam in te vindicare pulsavi; me constringo, atque conscribo, partibus tuis esse damanandum. Et pro rei totius firmitate manu propria firmo, et bonorum virorum iudicio roborandum dabo.*

6 Circa hanc formulam quaeri potest, cur Paulus mensem duntaxat, quo crimen admissum dicitur, expresserit; non expresserit diem et horam: cum tamen diei, et horae expressio ad deprehendendum crimen plurimum confert. Respondeo, idcirco id factum esse, quoniam Legibus cautum erat, ut neque diem, neque horam accusator invitus comprehenderet, teste eodem Paulo in *d. L.* 3. Et licet expressio diei, atque horae ad investigandum verum plurimum conferat, non tamen nimium arctandus fuit accusator, quem dies, et in primis hora fallere facile posset. Itaque quod communis schola Pauli responsum restringit, docetque diem et horam exprimendam esse tum, cum id fieri rei interest; puta, quod innocentiam facile probaturus sit, docere possit, se eo die, vel hora alio fuisse loco; id nullo modo probare possum. Quam facile enim fuisset Paulo, cum responderet, accusatorem neque diem; neque horam exprimere invitum, adiicere tria ista verba *nisi rei intersit*: Quae cum non adiecerit, aliena quoque ab eius mente iudicabimus. Accedit, quod apud veteres quoque, nusquam ab accusatoribus hoc exactum atque postulatum legimus. Itaque Cicero S. Roscium Amerinum defensurum, non exigit ab accusatoribus diem aut horam; sed ultro demonstrat, eo tempore, quo reus ruri erat, occisum Romae patrem. *Cum hic S. Roscius esset Ameriae,* inquit, *cum assiduus in praediis; occiditur ad balneas Palatinas rediens a coena pater.* Mox., *Ego contra ostendo, non modo nihil eorum fecisse S. Roscium, sed, ne potuisse quidem facere, quod neque Romae multis annis fuerit, neque de praediis unquam teme-*

Bart. in l. 5. D. de publ. iud.

Ferrar. tit. 52 glos. 17. Clar. § fin. qu 12. n. 15. Gail. 1. obs. 64. in fin. Costal. in l. 12. D. de eo q. cert. loc. Farin. 1. q. 1. n. 11.

re decesserit (1). Quaeri etiam potest, cur nullum Paulus subiecerit formulae suae conclusionem, cum tamen vis libellorum in conclusione consistere videatur? 7 Christ. tit. 1. §. 6.
Verissimum est, quod idem vulgatissimum, in libello accusationis conclusionem non esse necessariam, solasque actionum formulas praeter intentionem, condemnationem quoque desiderare. Aut enim poena criminis certa lege definita est; et legis potestas adversus reum exercebitur, etiamsi neque accusator in libello accusationis, neque iudex in sententia eam expresserit; aut extra ordinem punitur; et eo casu iudex, etiamsi ab actore petitum non sit, arbitrariam poenam pro qualitate admissi imponit, *L.* 1. §. *quorum D. ad SC. Turpil.*, *L. ordine* 14. *D. ad municip.*, *L. ult. D. de priv. del.*, *L. ult. D. de furt.*, §. *in summa de iniur.* Ac licet fuerint, qui generalem saltem conclusionem requirerent, cuiusmodi est ista: *Peto*

---

(1) Neque locum commissi criminis accusatorem invitum comprehendere teneri existimat cl. Voet *lib.* 48. *tit.* 2. *n.* 2. Verum laudatur Auctor non animadvertit Paulum in *cit.* L 3. docere, locum designandum esse, et hoc generatim L. Julia publicorum caveri, et generaliter praecipi omnibus, qui reum aliquem deferunt. Fatetur tamen eundem loci designandi necessitatem ad omnia crimina non aeque pertinet. Hinc in falsi accusatione ex. gr. locum exprimi necesse non est, quo nempe in loco instrumentum falsum conscriptum sit, sed sufficit re ipsa demonstrare falsum commissum esse. Jul. Clar. §. *fin. Quaest.* 12. *num.* 11. *in fin.* Ad diem admissi criminis quod attinet, illud quaeri potest, utrum accusati absolutio sit decernenda, si de die, quem accusator libello expressit, praecise docere nequeat, de cetero tamen crimen a reo perpetratum esse aperte probet? Clarus non sine ratione in ea est sententia, ut reus eum *alibi* non demonstrans, eut de eo exsipiens magis condemnandus, quam absolvendus sit. *D. Quaest.* 12. *num.* 13. 14. Cum autem accusatio certitudinem admissi criminis *praecisam* et *sufficientem* habere debeat; romano iuri britannicas sanctiones hac in re praeferre videtur Filangiari, ut scilicet crimen ipsum exactissima descriptione accusator definiat locum et diem exprimat, reumque ita indicet, ut is vere appareat, quem accusatio respicit. *Ad alcuni spiriti superficiali*, sunt verba laud. Filangieri, *queste precisioni potranno comparire troppo minute, e superflue; ma gli uomini intelligenti, per i quali io scrivo, ne valuteranno l' importanza.* Filang. *op. cit. lib.* 3. *Par.* 1. *Cap.* IV. Consule hac de re egregie disserentem cl. Blakston *in com. ad Leg. Angl. Tom.* 5. *Cap.* 23.

L. Titium puniri iuxta formam iuris et statutorum; verius tamen est, ne hanc quidem necessariam esse, cum nec lex ulla, nec ratio sit, qua id evincatur. Sed et veterum formulas si excutiamus, nihil huiusmodi reperimus; veluti in illa Senecae ante adducta, *Occisos senatores* XXX. *Equites Romanos* CCCXV. *atque plures*. Et apud Fab. in *Declam.*, *Veneficii accuso. Respondes? Occisum a te filium dico.* Tertul. in *Apolog.*, *Ego L. Titius sapientem virum, repente factum Christianum defero.* Denique sat locuples huius rei Quintilianus testis est, qui IV. *Inst. cap.* II. ita scribit, *Satis est actori, et magis expedit sic indicare: Dioo ab Horatio sororem suam interfectam.*

Illud quoque omittendum non est, si forte libelli
8 inscriptionum legitime ordinati non fuerint, quid fiat? Paulus in *d. L.*3.§.1. respondet, rei nomen aboleri, eumque ex integro repeti posse. Hic quaerunt interpretes, utrum rei nomen aboleatur, etsi de vitio libelli querelam non proposuerit, an potius, si tacuerit reus, actori vitium in probationum cursu emendare liceat? Bartolus in ea fuit sententia, non convalescere libellum, etiamsi vitium reus non obiecerit; solemnia enim legibus praescripta examussim observanda sunt, nec aliter accusatio procedit, nisi inscriptione rite facta, *d. L.* 3. *C. Qui accus. non pos.*, *d. L.* 2. *C. de exhib. et transmit. reis*, *L. pen et ult. C. de accusat.* Alii distingunt, ut valeat processus, si quod libello deest, postea confessione rei probatum sit: non valeat, si inficiante reo per testes fuerit probatum. Mihi neutra sententia placet; ad summam enim quid interest utrum de re constet ex confessione nocentis, an per testes probetur, cum etiam probatio supervacua sit eius rei, quae in confesso est? Cur autem cum Bartolo dicamus processum vitiari, etsi libellorum vitium reus non obiecerit, cum praescripto libelli inepti, obscuri, vitiosi, dilatoria sit; quae non opposita ante litem contestatam, non reddit iudicium retro nullum, *L. pen. et ult. C. de except.*, *L.* 4. *C. de iurisd.*, *L.* 20., *L.* 52. *D. de iud.*, *L.* 8. §. *veterani*, *L.* 40. §. *pen.*, 57. §. 1. *D. de procur.*; *L.* 13. *et* 24. *C. eod.*

Bartol. in d. l. 3. Gail 1. obs 64. n 8 Myns. 2 obs. 31.

Sic et cum ob mortem accusatoris, vel aliam similem causam rei nomen aboletur, non fit id, nisi reo postulante, *d. L. ult. D. de accus.* Verisimile igitur nec ob libelli vitium nomen rei aboleri, nisi ipse postulet. Nec adversantur loca pro Bartolo adducta; non enim hanc quaestionem attingunt, sed in genere solum tradunt, sine inscriptione accusationem non procedere; ceterum de vitio inscriptionis nihil. Dices, paria sunt, nullam esse factam inscriptionem, et non rite factam: Respondeo; paria sunt, si reus de vitio queratur; sin quali quali inscriptione contentus sit, iudicium valebit non minus atque in civilibus causis fieri solet (a).

Postremo notandum, non semper inscriptionem ne- 9
cessariam esse; distinguunt enim leges inter graviora et leviora crimina. In gravioribus, in quibus vindicandis et plena caussae cognitio, et solitus indiciorum ordo adhibetur, inscriptio nesessaria est; in levioribus non item. Audiuntur enim, et discutiuntur de plano, vel liberatis reis, vel fustibus castigatis; servis vero flagello, verberatis, *L. levia* 6. *D. de accusat.*, *L. unius* 18. §. *ult. D. de quaest.*, *L. nec quidquam* 9. §. *de plano D. de off. procons.* Ratio distinctionis; quoniam in gravioribus de vita et fortunis hominum agitur, ideoque mora, quam observatio solennium obiicit, longa videri non debet, sed potius necessaria. Ut enim sapienter Plato scripsit VI. *de Legib.* Tempus, et mora, frequensque inquisitio ad aperiendam controversiam conterunt. Leviora autem crimina, quae et frequentiora sunt, nec ita magni praeiudicii, discuti de plano debent, ut celeri exitu reperto ad graviora vindicanda iudices animum intendere possint

(a) Bartolo et ipse assentior, existimanti processum vitiari, etsi libelli vitia reus non obiecerit. Iuris enim principium, quod memorat auctor de praescriptione libelli inepti, obscuri, vitiosi ante litem contestatam opponenda, cum dilatoria sit, ut reddat iudicium retro nullum, obtinet equidem in iudiciis civilibus, non autem in criminalibus. Hinc ipse Paulus in *cit. L.* 3. §. 1. absolute tradit rei nomen aboleri, si libelli inscriptionum legitime ordinati non fuerint, nec addit *postulante reo*, quemadmodum in alia facti specie, quam in §. *ult.* eiusd. *leg.* proponit.

Sed nec in gravioribus semper inscriptio desideratur. Cessat enim cum maritus uxorem adulteram iure mariti accusat, *L. quamvis* 30. *C. ad L. Jul. de adul.*(3). Cum mulier suam suorumve iniuriam persequitur, *L. de crimine* 12. *C. Qui accus. non poss.* Cum parentes mortem liberorum, aut contra liberi necem parentum exsequuntur; cessat enim eo casu et calumniae et Senatusconsulti Turpilliani poena; ad quid ergo inscriptio? *L.2.et 4.C.de calum.*, *L.ult.D.de publ.iud.*, *L.in SC.* 15. §. *eos D. ad SC. Turpil.* Adhaec, cum quis crimen in adversarii caput retorquet, quanquam eo ipso actoris partes obtinere videatur, inscriptione tamen non oneratur, *arg. L.* 2. §. *si publico et* §. *seq. D. ad L. Jul. de adult.*, *L. qui cum maior* 14. §. *si libertus D. de bon. libert.* Non enim vere accusat, qui retorquet, cum innocentiae duntaxat defendendae gratia faciat. Quintil. VII. *Inst. III.*, *Sed si quando in partibus laborabimus, universitate pugnandum est, sive invicem accusant, sive crimen reus citra accusationem in adversarium vertit, ut Roscius in accusa-*
10 *tores suos, qamvis reos non fecisset.* Alias quoque exceptiones adiiciunt nonnulli ex *L. ne quis* 6. *C. de iud. et caelic.*, *L.* 4. *C. de apost.*, *L.* 4. *C. de haeret.*, *L. ea quidem* 7. *C. de accusat.*, sed non recte Nam in *d. L. ne quis C. de Jud.* publicum quidem crimen esse iubetur, si Christianus Judaeum, Judaeus Cristianam duxerit, inscriptionis tamen necessitas non remittitur; sicut nec in *d. L.* 4. *C. de apost.*, *L.* 4. *C. de haeret.* remittitur iis, qui Manichaeum, aut apostatam accusare volunt. Sed, inquiunt illi, haeresis et apostasia comparatur laesae maiestatis crimini: in hoc autem procedi potest solemnibus neglectis propter publicam utilitatem. Verum de hoc argumento quid sid iudicandum, supra *Tit. ad L. Jul. mai. cap. IV.* diximus; quo lectorem brevitatis studio remittimus. In *d. L. ea quidem C. de accusat* remittitur quidem inscri-

---

(3) Vel cum pater iure suo accusat. Vid. Paul. *in collat. Leg. mosaic. Tit.* 4. §. 4.

ptionis necessitas iudici ex officio inquirenti; sed non est ea exsceptio de regula; quippe de accusatione, non inquisitione praesenti capite agimus. Postremo ne crimen quidem fractae pacis excipimus, tametsi exceptum constitutione Caroli V; nihil enim ea constitutio ad Justiniani legislationem; sicut nec crimen ipsum ex iure Romano, se sed moribus Germanorum descendit.

CAPUT VI.

De praescriptionibus Dilatoriis,

Citatione absentis, interrogationibus, et Litis Contestatione.

1. *De recusatione iudicis suspecti, et opponendis exceptionibus dilatoriis.*
2. *De absentibus adnotandis, et requirendis.*
3. *De interrogandis reis.*
4. *De litis contestatione, et qui propria recepti in reos?*

Delato nomine, factaque inscriptione, siquidem adsit reus, aut iudicem tanquam suspectum reiicit, aut praescriptionem aliqnam dilatoriam obiicit, aut 1
si neutrum, lege interrogatur. Verum recusatio suspecti, quanquam olim tam in criminalibus, quam in civilibus causis fieri posset; neminem enim, ut Cicero pro Cluentio scribit, non modo, de existimatione cuiusquam, sed ne de pecuniaria quidem re minima veteres Romani voluerunt esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset; tamen postquam gladii potestas ad Praefectum Urbi, Proconsules, et Praesides provinciarum rediit, exolevisse videtur. Ideoque novae constitutiones, que de arbitris in locum iudicum suspectorum subrogandis agunt, tantum de civilibus, non criminalibus iudiciis loquuntur, *L.* 16. *et ult.* Imb.3 Inst.
iunct. Aut. si vero contigerit C. de iud., Nov. 53. *cap.* . 6.

3., *Nov.* 82. *cap.* 8. *Nov.* 86. *cap.* 2. (1). Praescriptiones autem dilatoriae obiici possunt huiusmodi fere: Quod iudex sit incompetens: Quod accusator ius accusandi non habeat: Quod reus accusari non possit: Quod libelli inscriptionum rite ordinati non sint: Quod accusator fideiussorem de persequenda lite non dederit, et si quae sint eiusdem generis. Has exceptiones opponendas esse, antequam delatus in numerum reorum referatur, praeterquam quod natura dilatoriarum evincit, etiam perspicue scriptum est in *L. si maritus* 15. §. *praescriptiones D. ad Jul. de adult.*, *L. adulterii* 33. *C. ad L. Jul. de adult.* Si tamen aliqua harum exceptionum eiusmodi sit, quae iudicium retro nullum reddat, eam recte dixeris quacunque iudicii parte opponi posse; quemadmodum id idem in civilibus iudiciis fieri consuevit. Quod si reus absit, requirendus adnotatur(2), *L.* 1 *et seqq. D. de req. vel. abs. damn.* Requiritur ita, ut vel citetur, vel adprehendatur. Adprehensus exhibetur, atque transmittitur, de qua exhibitione dicemus *Tit. seq. de custod. et exhib. reor.* Citatio fit legitimis edictis per trinundinum, id est, tribus nundinis, quae nono quoque die celebrabantur. Si comparuerit citatus, lege interrogatur; sin minus, bona eius obsignantur, quae, si reversus fuerit intra annum, seque purgaverit, recipiet; sin minus, post

(1) Scilicet alii esse debent iudices qui *facti*, et alii, qui *iuris* dicuntur, suntque Magistratus ordinaria potestate in Republica gaudentes. Recusatio iudicis suspecti ad Iudices, qui *facti* dicuntur, proprie refertur. *Iurati* in anglica legislatione, cuius systema et nostra constitutio probavit, nuncupantur. Iure autem romano recusatio iudicis suspecti non a reo tantum, sed ab accusatore quoque fieri poterat; ast iure anglico nonnisi reus recusare uti suspectos *iuratos* potest. Equidem si in instituendo criminali iudicio accusatio privatis civibus concedatur, quemadmodum ius romanum concedit, non video qui recusatio suspecti iudicis et ipsi accusatori permittenda haud sit. Quod si criminum persecutio Magistratui, quem *publicum accusatorem* dicimus, fuerit demandata, probanda videtur anglici iuris disciplina, qua Reus tantum iudices suspicione laborantes potest repellere.

(2) Vetus enim ius est; inquit Imp. in L. 6. C. *de accus.* absentem capitali crimine accusari non posse, sed requirendum tantummodo adnotari solere.

annum in fiscum coguntur; nec recuperantur, etiamsi innocentiam probare possit. Annus vere exinde computatur, ex quo adnotatio vel edicto, vel literis ad Magistratus factis innotuit (3).

Interrogatio fit de obiectis criminibus. Accusator 3 enim ait: *Aio te Clodium interfecisse*: iudex interrogat, *An interfecerit?* Reus vel confitetur, vel contumaciter tacet, vel inficiatur, vel iure factum contendit. Qui confitetur, pro victo habetur; qui tacet pro confesso. Qui vero inficiatur, aut iure factum contendit, is reus fit, recepto nomine, prodictoque die, instruendae accusationis gratia. Quo facto lis contestata dicebatur, ut enim in civilibus causis liti, 4 contestatio nihil est aliud, quam narratio actoris, et contraditio rei; ita in criminalibus intentio accusatoris, interrogatio iudicis, et inficiato rei litis contestationem faciunt. Ac ne quis dubitet, fuisse etiam in criminalibus causis litem contestatam, colligere id poterit ex *L. adulteram* 13. *C. ad L. Jul. de adult. L.* 3. *C. Qui accus. non poss. L. in SC.* 15. §. *pen. D. ad SC. Turpil.*, *L. ex iudiciorum* 20. *D. de accus. L. ult. C. ut int. cert. temp. crim. quaest. term. L.* 2. *C. Th. ad L. Corn. de fals.*, *L.* 22. *C. eod.* Atque haec litis contestatio proprie reum facit, ita ut in reatu esse dicatur, et vestem mutet (4). Sola autem delatio proprie reum non

Vall. tr. 17. n. 3. Mornac. in l. 28. ff. de iud. Arg. art. 190. gl. 2. u. 2. Vid. Imb. 3. Inst. for. 9. n. not. et cap. 3. not. lit. a.

---

(3) Et si intra annum requirendus annotatus mortuus sit, criminis causa expirat, et perit, et bona eius ad successores transmittuntur. Praeterea si per viginti annos Fiscus bona non occupaverit, postea praescriptione vel ab ipso reo, vel ab heredibus eius summovebitur. L. 1. §. ult. et L. 2. §. 1. D. *de requir. vel abs. damn.*

(4) Litis contestatio in causis criminalibus non ea ratione fit. qua in causis civilibus. In causis civilibus rei inficiatio necessaria est ut lis contestata dicatur, et actori probatio incumbat; ast in causis criminalibus, oblato ab Accusatore libello, sive reus quacumque ratione respondeat, sive taceat. lis semper pro contestata habetur, et instituto hoc pacto iudicio, Accusatoris est delatum crimen probare. In hoc enim iudicio probatio criminis ita ex iure publico profluit, ut nec ipse reus crimen confitendo, litis contestationem impedire queat, et rem iudicatam efficere. Confirmatur prae ceteris idipsum *cit.* L. 13. C. *ad L. Jul. de adult.* Ibi enim statutum reperitur, adulteram, si postheaquem crimen contra eam inchoatum est provinciam excesserit, etiam absentem inter reos

facit, tametsi latius interdum vox rei usurpetur, habeat et suos quosdam effectus delatio. Quippe delatus novos honores petere non potest, antequam se purget. Sed post annum (hodie biennium, *L. ult. C. ut intr. cert. tem.*) quam delatus est, petere non prohibetur, nisi per ipsum stetit, quo minus causa intra annum expediretur, *L. reus 7. D. de mun. et honor.*, *L. un. C. de reis postul.*, *L. 17. §. in quaestionibus*, *L. 21. §. 5. D. ad municipal.*, *L. si interveniente, L. pen. D. ad SC. Turpil.*, *L. 10. D. de iur. patr.*, *L. si diutino. D. de poen.*, *L. ex indiciorum D. de accus.*, *L. ult. D. ad L. Jul. mai.*, *L. 15. §. praescriptiones D. ad L. Jul. de adult.* Nunc singula, quae breviter enumeravimus, etiam locis, cum ex iure nostro, tum ex aliis auctoribus adductis, confirmemus. De recusatione iudicum quod diximus, eius rei praeter Ciceronem testis est locupletissimus Asconius Pedianus II. *Verr.*, *Cum multi*, inquit, *iudices in consilio sum Praetor suo iudicaturi essent, qui quaesitor fuisset in publico causa, verbi gratia repetundarum, ambitus, maiestatis, necesse fuerant eos primum de decuria senatoria conscribi, cum senatus iudicaret, deinde in urnam sortito mitti, ut de pluribus numerus necessarius confici posset; tertio, id est, post urnam, permitti accusatori, ac reo, ut ex illo numero reiiciant, quos putaverint sibi aut iniquos, aut ex aliqua re incommodos fore. Reiectione celebrata, in eorum locum qui reiecti fuerant, subsortiebatur Praetor alios, quibus ille iudicum legitimus numerus compleretur*. De absentibus non damnandis, sed adnotandis ut requirantur, Ulpianus in *L. 5. D. de poen.*, *Absentem in criminibus damnari non debere, D. Traianus Julio Frontoni rescripsit*. Marcianus in *L. 1. D. de requir. vel abs. damn.*, *Hoc iure utimur, ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa*

---

recipi posse. Cum accusatus inter reos recipitur, litis fieri contestationem, fatetur ipse Auctor, qui propter hoc *cit.* L. 13. memorat. Fit ergo in causis criminalibus litis contestatio, quin ad ipsam rei responsionem ulla ratio haberi debeat.

quemquam damnari aequitatis ratio patitur; sed absens requirendus adnotandus est, ut copiam sui praestet. Gordianus in *L.* 6. *C. de accusat.*, *Abstentem capitali crimine accusari non posse, sed requirendum tantummodo adnotari solere, si desit, vetus ius est.*

De citatione idem: *Praesides autem provinciarum circa requirendos adnotatos hoc debent facere, ut eos quos adnotaverint, edictis adesse iubeant, ut possit innotescere eis, qui adnotati sunt. Sed et literas ad Magistratus, ubi consistunt, mittere.* Justinianus *Nov.* 134. *cap.* 5., *Si vero quis comprehensorum criminum latuerit, aut reliquerit provinciam illam, in qua deliquit, iubemus a iudice legitimis edictis evocari eum, et si non obediat, illa in eum procedere, quae nostris definita sunt legibus.* De trinundino, id colligitur ex *L.* 10. *D. de publ. iud.* De obsignatione, et publicatione bonorum plene *d. Tit. de requir. vel abs. damn.* Interrogationis mentio fit in *L. de custod. et exhib. reor.* (5), nec non in sacris literis, ubi Salvatorem nostrum a Pilato, Paulum a Chiliarcha interrogatos legimus, *Matth.* 27. *v.* 11., *Marc.* 15. *v.* 2. *Luc.* 23. *v.* 3. *Joan.* 18. *v.* 29. *et seqq.*, *Actor.* 22. *v.* 24. *et cap.* 23. *v.* 34. Sed illustriora apud alios huius rei testimonia reperiuntur. Asconius II. Verr., *Quid est reum fieri, nisi apud Praetorem legibus interrogari? Cum enim in ius ventum esset, dicebat accusator apud Praetorem reo, Aio te Siculos spoliasse; si tacuisset, lis ei aestimabatur ut victo* (6), *si negasset, pe-*

---

(5) Verum in *cit.* L. 6. §. 1. D. *de cust. et exhib. reor.* nulla fit mentio interrogationis a Magistratu faciendae reo post libellum accusationis ipsi oblatum. Ibi namque sermo instituitur de *irenarchis*, i. e. minoribus magistratibus, qui cum apprehenderint latrones, interrogare eos debent de sociis et receptatoribus; et interrogationes literis inclosas atque obsignatas ad cognitionem Magistratus mittant. Rescripto autem D. Pii et aliorum Principum cautum testatur in *ead.* L. JCtus, ut etiam de his, qui requirendi adnotati sunt, non quasi pro damnatis, sed quasi re integra quaeratur, si quis erit, qui eum arguat.

(6) Si tacuisset lis ei aestimabatur ut victo. Nimirum qui tacebat habebatur pro victo in ea iudicii parte, quae rei familiaris persequutionem, non quae corporis poenam contineret; quae poena,

tebatur a magistratu dies inquirendorum eius criminum, *et instituebatur accusatio*. Livius *Lib.* VIII., *Quaero de te Q. Fabi, eum summum imperium Dictatoris sit, pareantque ei Coss. regia potestas, Praetores iisdem auspiciis, quibus Coss. creati, aequum censeas nec ne magistrum equitum dicto audientem esse? Quin tu respondes, vetuerimne quidquam me absente agere? vetuerimne signa cum hoste conferre? Ad haec quae interrogatus es responde; extra ea cave vocem mittas*. Svetonius in *Augusto*, *Dixit ius, non diligentia modo summa, sed et lenitate; siquidem manifesti parricidi reum, ne culleo insueretur, quod non nisi confessi adficiebantur hac poena, ita interrogavit: Certe patrem tuum non occidisti* (7)? Sallustius de *coniur. Catil.*, *De confessis moro maiorum. sicuti de manifestis rerum capitalium, supplicium sumendum* (8). Cicero *pro Milon.*, *An est quisquam, qui hoc ignoret, cum de homine occiso quaeratur, aut negari solere omnino esse factum, aut recte ac iure esse factum defendi?* Ulpianus in *L. de aetate* 11. §. *qui tacuit D. de interrog. in iur. fac.*, *Nam qui omnino non respondet, contumax est; contumaciae autem poenam hanc ferre debet, ut in solidum conveniatur: quia contemnere Praetorem videtur* (9). De mutatione vestis quod diximus et no-

---

urgente adhuc accusatore, non infligebatur, nisi aliis modis praeter accusati silentium confirmaretur. Vid. quae ad hunc Asconii locum observavi in *lib. singulari* quem *de indic. eorumq. usu in cognosc. crim.* edidi ann. 1781. nec non conformem animadversionem Filang. in *op. cit. lit. lib.* 3. *Cap.* 6. *in pr. not.* 1.

(7) Quamvis confessos tantum culleo insui posse, tradat Svetonius: cum tamen id neque ab aliis Auctoribus scriptum fuerit, neque iura ullam in huius criminis cognitione ab aliis differentiam constituant, Svetonii fides in dubium vocari potest; quod iam animadverti in *not.* sub *tit. ad* L. *Pomp. de parric.*

(8) Imo D. Pius rescripsit. confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat. L. 1. §. 17. D. *de quaest* Qua ratione dictum Catonis apud Sallust. l. c. intelligi et explicari oporteat, dicam inferius sub *Cap. de confess. reor.*

(9) Ulpiani doctrina quam hic in medium proferit Auctor, ad negotia tantum civilia pertinet; agit enim JCtus de eo qui apud

tissimum est, et parum ad disputationem confert; quare locis describendis supersedebimus, Videantur Polyb. *Fragm CXXII.* Plin. *VII. Epist.* XXVII. Gel.III. *cap. IV.* Tacit *II. Annal.* Val. Max. *lib. VI. cap. IV.*, Martial. *lib. II. Epigr. XXIV. XXXVI. LXXIX.*

CAPUT VIII.

De Iureiurando Iudicum, et Calumniae.

1. *De iureiurando iudicum, et qua ratione exoleverit?*
2. *De iureiurando accusatoris.*
3. *An hodieque accusator de calumnia iurare debeat? et an reus?*

Non est hic praetereundum, recusatis iudicibus, et subsortitione facta, iudices in leges iurare solitos, id est, non aliter, et iudicaturos, quam legibus atque moribus populi Romani proditum sit. Asconius II. *Verr., In eorum locum, qui reiecti fuerant subsortiebatur Praetor alios, quibus ille iudicum legitimus numerus compleretur; his peractis, iurabant in leges iudices, ut obstricti religione iudicarent, cum iurassent omnes praeter ipsum Praetorem, nomina eorum libellis continebantur, ne pro selectis iudicibus, ut fit in multitudine, aliqui suppositi corruptissime iudicarent.* Hoc iusiurandum tametsi eius in libris quoque nostris mentio fit, ut *L. eum, quem* 79. §. 1. *D. de iud.*, *L. quesitum* 13. *D. de testib.*, *L. rem non novam* 14. *pr. C. de iud.*, exolevit, atque cognitio criminum ad Praefectum Urbi et Praesides provinciarum rediit. Quemadmodum enim ipse Praetor, Asconio teste, olim non iurabat; ita nec hodie magistratus ius gladii habentes in singulis causis, sed initio muneris sui iurant. In adductis autem legibus quod 1

Praetorem interrogatus utrum esset heres, tacuerit; scimus autem ex eod Ulpian. in L. 2. D. *eod tit* edictum de interrogationibus ideo Praetorem proposuisse, quia sciebat difficile esse ei, qui heredem, bonorumvé possessorem convenit, probare aliquem esse heredem, bonorumve possessorem

de iurisiurandi religione dicitur, id ad iudices selectos et pedaneos, non ad Magistratus referendum est (1).

Iurasse etiam accusatorem legimus, se non calum-
2 niandi causa nomen rei deferre; ut apud Livium *Lib. XLIV.*, *Si velut accusatores calumniam in eum iurent, nomenque deferent* Coelius ad Ciceronem: *De divinatione Appius, cum calumniam iurasset, contendere ausus non est, Piloque cessit.* Asconius in *Cornelianam*: *Metellus bis iuravit. Curionem accusaturum, semel adactus a patre, iterum lege, tum cum calumniam iuravit.* Quae loca Sigonio *Lib. II. de iudic. cap.* 10. libenter accepta ferimus; nihil
Gomes. 5. resol. 12. n 5. Clar. § fiu. quaest. 18. n. 3.
tamen ea, ad confirmandam communem opinionem, extimantium hodieque iusiurandum de calumnia praestandum esse. Nam quantum ad accusatorem attinet, cum is subscriptione sua in poenam talionis se obliget, iuramentum supervacuo ab eo exiges (2). Quod

---

(1) *Cit.* L. 14. C. *de iudic.* ad iudices selecios et pedaneos iuxta veterem institutionem spectatos non potest equidem referri, cum Justiniani temporibus, vetus institutio, qua pedanei indices seligebantur, exolevisset. Quid quod ipse Imp. in *eod.* L. memorans antiquos iudices *non aliter iudicialem calculum accepisse, nisi prius sacramentum praestitissent* omnimodo se se cum veritate et legum observatione iudicium esse dispositures *ad hanc in perpetuum valituram legem pervenire* declarat, *per quam sancit omnes iudices eive maiores, sive minores, sive eos quibus ipse audientiam committit, vel qui a maioribus iudicibus dantur, vel qui ex iurisdictione sua iudicandi habent facultatem*, vel qui ex compromisso *causas dirimendus suscipiunt vel qui arbitrium peragunt; vel ex auctoritate sententiarum et partium consensu electi sunt non aliter litium primordium accipere, nisi prius ante sedem iudicialem sacrosanctae deponantur seripturae, èt hae permaneant non solum in principio litis, sed etiam in amnibus cognitionibus usque ad ipsum terminum, et definitivae sententiae recitationem?*

(2) Accedit cautio fideiussoria, quam accusator praestat se perseveraturum in crimine usque ad sententiam. L. 7. §. 1 D. *de accus.* L. 3. C. *qui accus. non poss.* L. 1. et 2. C. *ad S'Clum turpil.* Etiam in *Cod. Leopold.* vetitum reperitur insiurandum, quod privati crimina deferentes ex consuetudine praestabant = *Sia pure proibito il giuramento, che per rimuovere ogni sospetto di temerità e di calunnia soleva e doveva prestare la Parte nella sua querela se non era il pubblico Querelante potendo essere di un bastante freno la pena della calunnia, a cui si sottapone* Ita *in art.* 7. *cit. Dod.*

ad reum, etiam periculosa valde delatio futura est, 3
cum is, licet nocentissimus tamen ut vitam redimat,
certo peieraturus sit: Ei autem, qui de periurio suspectus est, non esse iusiurandum deferendum vulgatissimum est. Accedit, quod nullo iuris nostris loco an accusatore exigatur; etenim *L.* 1., *et* 2. *C. de iure propt. cal. praest.*, non ad accusationes, sed ad actiones pertinent, ut ex Nov. Leonis colligitur; frustra igitur a communi schola ad confirmandam istam sententiam adducuntur (3).

Farin. quaest. 16. n. 28. et seqq. Morn in l. 28. D. de iud.

CAPUT IX.

De Die Prodicta, Accusatione, Comperendinatione.

1. *Quomodo dies praediceretur, et quo fine?*
2. *Quis dies ille fuerit?*
3. *Et quid si vel reus, vel accusator die prodicta abessent?*
4. *Quid si adessent?*
5. *Quando comperendinatio, quando amplatio fieret?*

Postaquam, ut *cap. VI.* diximus, delatus inter reos receptus erat, iudex qui lege quaerebat, iubebat, edi- 1
cebatve ut uterque et accusator, et reus certa die adessent, qui iussus diei prodictio vel praedictio, appellabatur. Spatium autem intermedii temporis utriusque commodo erat, nempe ut instructiores paratioresque essent. Cicero *pro domo*: *Tam moderata iudicia populi sunt a maioribus constituta; primum, ut ne poena capitis cum pecunia coniungatur; deinde ne nisi*

(3) Ex ipsis *cit. textibus* abunde eruitur eos ad actiones non autem ad accusationes pertinere, In *cit.* enim L. 1 loquitur Iustinianus de iuramento ab eo de calumnia praestando qui probationes exposcit *quod non caussa differendi huiusmodi proposuit allegationes.* Hoc autem iusiurandum a reo ut plurimum praestari oportere, cum ipse soleat ab actore probationes exposcere, nemo non videt In *cit.* vero L. 2. agit idem Imp. de iuramento quod non solum actor praestare debet *non calumniandi animo litem se movisse, sed existimando bonam causam habere*, verum etiam ipse reus, *quod putans se bona instantia usi ad reluctandum pervenerit.*

prodicta die quis accusetur. Et mox : *Haec cum ita sint in re, ubi crimen est, ubi testes? quid indignius, quam qui neque adesse sit iussus, neque citatus neque accusatus, de eius capite, liberis, fortunis omnibus conductos, et sicarios, egentes, et perditos suffragium ferre?* Idem *IV. Verr. Itaque defertur Sthenius; edicit statim Verres, ut Kal. Decemb. adsit Sthenius Syracusis.* Tacitus 11. *Annal., Marsusque Vibius nuntiavit Pisoni, Romam ad dicendam causam veniret. Ille eludens respondit, adfuturum, ubi Praetor qui de veneficiis quaereret, reo atque accuratoribus diem praedixisset.* Idem *eod. Lib. Infamem veneficiis ea in provincia et Plancinae percaram, nomine Martinam in urbem misit, postulantibus Vitellio et Venerio, ceterisque, qui crimina et accusationem, tanquam adversus receptos iam reos instruebant.* Quis autem dies
2 prodictus fuerit, vix possit constituere; nam et tricesimi fit mentio, et decimi et trinundini id est dierum XXVII.; habebantur enim nundinae nono quoquo die. Cicero in *Vatin. Quaero postulatus ne sis Lege Licinia et Junia? Edixeritne C. Memmius Praecter ex ea Lege, ut adesses die tricesimo.* Asconius in *Orat. pro Cornelio: Detulit nomen Publis, subscripsit Caius. Et cum P. Cassius Praetor decimo die, ut mos est, adesse iussisset, eoque die ipse non adfuisset* etc. Apud Plutarchum in *Coroliano* trinundini fit mentio; his enim verbis Tribuni pl. Coroliano diem ad populum dicunt: *Te, C. Marci, iubemus nundinis adesse.* De eodem trinundino Halicarnassaeus *Lib. VII.* loquitur, cum ait: *Et homini ad parandam defensionem tempus in trinundinum praestitutum est: nundinae autem apud Romanos tunc nono quoque die fiebant, ut et ad hanc usque nostram aetatem fiunt.* In repetundarum quoque crimine dies inquirendi alias plures, alias pauciores dati. Ciceroni Verrem accusanti dias C. et X., adversario eius C. et VIII. Silio reo annus. accusatoribus Scauri dies XXX. Cic. I. *Verr.* Tacit. *XIII. Annal.* Ascon. in *Orat. pro M. Scauro.* Ceterum non accusatori solum, sed et reo inquisitio dabatur; quod Plinius nec lege comprehensum, nec satis usitatum,

iustum tamen censuit, et obtinuit v. *Epist.*, XX. *et VI. Epist. V.* XIII.

Quod si die prodicta non adesset reus, citabatur primum quidem voce praeconis e tribunali; dein etiam legitimis edictis. Quibus si non obtemperasset, etiam in absentem tanquam contumacem pronuntiabatur secundum morem privatorum iudiciorum. Sin reus adesset, actor a praecone citatus ad diem non adesset, numero reorum delatus eximebatur. Sed et extra ordinem accusator ex SC. Turpiliano punitur, et sumptus quos in eam rem, vel in iter reus fecerit, dependere cogitur. Testimonia: Plutarchus *in Bruto. Fama est. quum praeco de more citaret Brutum ex rostris ad causam dicendum, plebem non obscure ingemuisse.* Cicero *Verr.* VII., *Quem is; ubi Panormum venit, ad se vocari, et de tribunali citari iussit.* Svetonius in *Tiberio*: *Citatumque pro tribunali voce praeconis convitiatorem rapi iussit in carcerem.* Apuleius I. *Florid Praeco cum proconsule et ipse tribunal. adscendit, et ipse togatus illic videtur et quidem perdiu stat, aut ambulat, aut plerunque contentissime clamitat* Ulp. in *L.* 5. *D. de poen. Adversus contumaces vero qui neque edictis Praesidum obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet, secundum morem privatorum iudiciorum* (1). Papinianus in *L.* 10. *D. de publ.*

3 Diss Gomes l. T. 76. pr. 1. 7. 8. Vid. Ghass. p. 252.

---

(1) Scilicet *melius statuetur*, inquit Ulpianus in *cit.* L. 5., *in absentes pecuniarias quidem poenas, vel eas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse, et usque ad relegationem procedi: verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallo, vel capitis poenam non esse absentibus irrogandum.* Isthaec autem Ulpiani doctrina perspicue refutat sententiam eorum, qui existimant reum, si abesse coepisset post litis contestationem, potuisse etiam capitali poena damnari. Cum enim moneat JCtus secundum morem privatorum iudiciorum adversus contumaces absentes pronuntiari oportere, et poenas tantum non capitales iis posse irrogari animadvertat, manifesta res est de contumace et absente post litis contestationem JCti doctrinam esse accipiendam. Certum namque iuris romani principium est in privatis iudiciis tunc solum adversus contumaces et absentes pronuntiari, cum reus post susceptum iudicium abesse coepisset; alia autem ratione contumacia eius qui in ius vocatus non ierat, coërcebatur. Vid. L. 19. D. de *in ius. vocand.* L. 2. §. 1.

iud. Inter accusatorem et reum cognitione suscepta, excusatio pro absente iustis rationibus admittitur, ne per trinundinum citatus reus damnetur, vel de accusatoris absentis praesente reo calumnia pronuncietur (2). Asconius in *Cornelianam* : *Postero die, cum P. Cassius adsedisset, et citati accusatores non adessent, exemptum nomen est de reis Cornelii.* Cicero *Verr. IV. Citatus accusator M. Pacilius, nescio quo casu, non respondit, non adfuit. Si praesens Sthenius reus esset factus; si manifesto inmaleficio teneretur, tamen accusator non adesset, Sthenium condemnari non oporteret. Etenim si posset reus absente accusatore damnari, non ego a Vibone Veliam navigio, inter fugitivorum ac praedonum, ac tua tela venissem; quo tempore omnis illa mea festinatio fuit cum periculo capitis, ob eam causam, ne tu ex reis eximere, si ego non adfuissem ad diem.* Alexander in *L.* 3. *C. de his qui accus. non poss. Sin. vero post satisdationem praesentes non fuerint accusatores, edicto admonendi sunt, ut veniant ad causam agendam; et si non adfuerint, non solum extra ordinem aestimatione iudicis puniendi sunt, sed etiam sumptus, quos in eam rem, et circa ipsum iter ad litem vocati fecerunt, dependere cogentur* (3).

D. *si quis in ius vocat. non ierit.* L. 68. 69 70. 71. 72. 73. D. *de iudic.* et L. 53. D. *de re iudic.* Cedro porro, auroque dignam existimo, et quidem ceteris praeferendam Leopold II. statutam in Hetruria procedendi rationem in iudicio criminali adversus absentes et latitantes. Vid *laud. Cod. in art.* 37. usque ad 44., ibique *meas observationes.*

(2) Doctrinam quam Papianus proposuit in *cit.* L. 10. *de iud.* iuxta praemissam Ulpiani est intelligenda. Nimirum duplici ratione citatus reus et absens damnari potest. I. Quatenus post annum exinde computandum, ex quo adnotatio facta est, et edicto vel literis ad Magistratus factis publice innotuit bona eius, qui sui copiam non praestitit, fisco vindicantur, si de capitali iudicio agatur. Vid. L. 1. et 4 D. *de requir. vel absent. damn.* II. Quatenus in iudicio non capitali usque ad relegationem adversus absentem procedi potest, si post litis contestationem abesse coepisset. Vid. *cit.* L 5. D. de poen.

(3) Agit laud. Imp. de eo qui crimen tantum detulit, praestita satisdatione perseverandi in crimine usque ad sententiam. Cete-

Quod si praesentes essent accusator et reus, voce 4
nihilominus praeconis adesse, idest, sistere se coram tribunali iubebamur. Iubebantur etiam adesse patroni ad causam agendam. Tum accusator, accepta dicendi potestate, crimen infert, reus diluit, testes et tabulae arguunt; iudex unumquemque horum in officio continet. Dicebat autem accusator interim longa et perpetua oratione; interim accusabat carptim, sigillatim capita criminum reo obiectans. Dies vero ad accusandum legitimi xx. dabantur, totidemque ad defendendum. Nec tamen semper id tempus observabatur; legimus enim et biduum ad accusandum, sexque dierum spatio interiecto triduum ad defendendum datum. Legimus et triduo accusationem defensionemque factam, ita ut tertio die probationes exirent, interdum quarto. Unde coniecturam capere 5
licet, fuisse postea tempus istud arbitrarium magis, quam certum; in primis, cum in libris nostris nihil de eo espressum sit. Fiebant etiam saepe comperendinationes, divisa universa actione in primam, et secundam; ita ut prima actione perfecta post tertium diem secunda institueretur, quae comperendinatio dicta est. In prima actione accusator ante, dein reus dicebat; in secunda contra, prius defensor, posterius accusator. Diversa vero a comperendinatione ampliatio fuit, licet amplatio quoque plures actiones faceret; comperendinatio enim fiebat ex praescripto legis tertio die, etiamsi iudices primo coetu non iudicassent; ampliatio vero ex arbitratu Praetoris, quocunque die, si iudicibus non liqueret, tum enim Praetor ex consilii sententia pronuntiabat, *Amplius cognoscendum esse*. Ex causa comperendinationis bis tantum agi potuit, ex causa ampliationis saepius; adeo ut et septies caussam ampliatam legamus, octavo

---

rum qui detulit et accusavit, si post susceptam cognitionem absit de accusatorie absentis, praesente reo, calumnia pronuntiatur, nisi excusatio pro absente iustis rationibus admittatur, et tanquam tergiversator talione plectitur ex *SCto Turpi*. Vid. *cit.* L. 10. *de pub. iud.* et L. 1. §. 1. *ad SCtum Turpil.*

demum indicio reum absolutum. Nunc singula haec cum legibus, tum aliorum auctorem testimoniis confirmemus. Quintilianus *VI. In publicis certe iudiciis vox illa praeconis praeter patronos, ipsum qui egerit citat*. Cicero ad *Herennium*: *Accusatoris officium est inferre crimina, defensoris diluere, testis dicere, quae scierit, quaesitoris ununquemque eorum in officio continere*, Gratianus in *L.2.de Exhib.reis*, *Reus posteaquam ad iudicem venerit, ius debet explorare quaesitum*. Constantinus in *L. 22. C. ad L. Corn. de fals.Ubi fals.examen inciderit, tunc accerrima fiat indago, argumentis, testibus, scripturarum collatione, aliisque vestigiis veritatis; nec accusatori tantum quaestio incumbat, nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter utranque personam sit iudex medius*. Plinius *VI. Epist. XXII. Recepta cognitio est: fui in consilio: egit uterque pro se; egit antem carptim, et per capita, quo genere veritas statim ostenditur*. Tacitus *II. Annal. Certabant cui ius perorandi in reum daretur, donec Livius, quia nec ipsi inter se concederent, et Libo sine patrono introisset, singillatim se crimina obiecturum professus est*. Asconius *III. Verr. Viginti dies dabantur ad accusandum legitimi, totidemque defensori ad respondendum*. Tacitus *III. Annal. Die Senatus Caesar orationem habuit meditato temperamento etc. Exin biduum obiiciendis criminibus statuitur, utque sex dierum spatio interiecto reus per triduum defenderetur*. Plinius *II. Epist. XI. Dixi horis pene quinque. Respondit mihi Claudius Marcellinus. Postero die dixit pro Mario Salvius Liberalis. Respondit Cornelius Tacitus. Dixit pro Mario rursus Fronto Catius. Huius actionem vespera inclusit; non tamen sic ut abrumperet, itaque in tertium diem probationes exierunt*. Idem *IV. Epist. IX., Dixit in noctem; atque etiam illatis lucernis. Postero die egerunt pro Basso Titius Homulus, et Fronto, quartum diem probationes occupaverunt*. Asconius *III Verr. Ante Legem Glauciam de comperendinatione, aut statim sententia dicebatur, si absolvendus esset reus; aut* Amplius, *pronunciabatur, si vide-*

retur esse damnandus, cum iudices dixissent. Non liquet, *hoc est, obscura causa est: itaque ea pars interposita dilatione dicebat, in cuius peroratione videbatur obscuritas, comperendinatio vero utriusque partis recitatio est.* Id est, ut Sigonius interpretatur, nova accusatoris, et rei citatio. Pergit Asconius: *Alii sic adnotat: comperendinatio est secunda actio: Alii sic: inter compereudinationem, et ampliationem, hoc interest, quod comperendinatio ex una tantum re dabatur, cum causam iudex non intelligeret, et omnino, si videbatur iudicibus bona causa, absolvebant reum; si mala, non statim damnabant, sed hac excusatione parcebant, nam cum condemnandi esset C. litera, absolvendi A. ampliandi signum N.L. dabant, quo significabant non liquere, unde ampliatio nascebatur.* Idem paulo ante: *Aut comperendinatio propter me magis quam propter te est instituta aut non magis propter te, quam propter me: si enim numerum dicendi consideres, ex aequo res est; si ordinem, ego sum prior et ultimus: nam simul accusator dixerit, respondet prima actione defensor; et rursum comperendinato iudicio dicit prior defensor, et defensionem tanquam duplicem in medio positam obruit ultimus accusator.* Idem aliquanto post: *Mos veterum hic fuerat, ut si absolvendus quis esset, statim absolveretur, si damnandus, statim damnaretur; si causa non esset idonea ad damnationem absolvi tamen non posset,* amplius *pronuntiaretur. Unde adparet, etiam in ampliatione sic alteram actionem dici, quemadmodum in comperendinatione.* Valerius Max. *Lib. VIII. cap. I. Scipio Aemilianus L. Cottam ad Praetorem accusavit. Cuius causa, quanquam gravissimis criminibus erat confossa, septies ampliata, et ad ultimum octavo iudicio absoluta est.*

Sigon. n. de iudic. ae.

CAPUT X.

De Anticategoriis.

1. *An reconventiones, et reaccusationes dicere liceat?*
2. *Anticategoriae regulariter prohibitae.*
3. *Species anticategoriae duae.*
4. *Quibus casibus permissa est? n.* 5. 6. 7.
8. *An habeat locum, cum reus tantum delatus est?*
9. *An iniuriarum actio pendente iudicio adversus accusatorem institui possit?*
10. *De ordine anticategoriae instituendae.*
11. *De iudice accusationis et reaccusationis.*

Quas in pecuniariis causis mutans petitiones, eas
1 in criminalibus anticategorias, et mutuas accusationes vocamus. Vulgus illas reconventiones, has reaccusationes nuncupat; quod quamquam nonnulli reprehendunt, nescio tamen, quam id recte ab eis fiat. Etenim particula *Re* verbis adiecta, non solum iterandi, sed et adversandi vim habet; ut cum reflare, reiicere, referre, rescribere, retorquere, repudiare, repugnare atque alia huiusmodi dicimus. Cumque retradere, repraestare, repromittere idonei auctores dixerint, non video, qui minus nobis, reconvenire,
2 reaccusare, dicere liceat, Sed omissa verborum contentione, de re ipsa dicamus. Mutuae petitiones tametsi incivilibus causis regulariter permissae sint, anticategoriae tamen regulariter prohibitae sunt. Inscribere quidem reus pendente iudicio in accusatorem potest; peragere non potest, nisi ante se purgaverit, *L.* 1. *L. neganda est* 19. *C. de h s qui accus. non poss.*, *L.* 5. *D. de publ. iud.* (1).

---

(1) Ulpiani doctrinam quae extat in *cit.* L. 5. *de pub. iud*, haud satis Auctor illustravit. Nimirum ex eadem L. distingui oportet simplex criminis delatio ab accusatione. Reus factus crimina deferre non prohibetur, sed ut delationes impleat, i. e. accuset, ei non permittitur. Inchoatas autem delationes ante damnationem implere reis post damnaitonem permissum esse, testatur laudat. JCtus in §. *ult cit.* L. Quaerit insuper in §. 1. *eiusd.* L. idem Ulpian. qua ratione memorata ibidem imperialis constitutio *post.*

Ratio est, quoniam ius praesumit non reipublicae studio, sed accusatoris odio, aut protelandi iudicii causa anticategorias fieri, idcirco non relatione criminum, sed innocentia reum purgari voluit. Nam et Demostenes olim in *Spud.* dixerat: *Neque convenit, siquis aperte convincitur, ut retortis criminibus accuset et calumnietur*. Sed anticategoriae duae esse videntur; altera, qua diversum; altera qua idem crimen accusatori obiicitur, atque in eum retorquetur. Quarum utramque licet Quintilianus neget in foro fieri posse, in Senatu aut Principis cognitione fieri posse concedat: verius tamen est si libros iuris spectes, posteriorem, qua idem crimen in accusatoris caput retorquetur, etiam apud alios iudices fieri posse, et citra quidem inscriptionem, ut supra *cap.* VI. demostravimus. Idque ipsum a Roscio factum, cum parricidi accusaretur, nec Quintilianus diffiteri potuit. Quanquam et nos fateri cogimur, non proprie anticategoriam, seu mutuam accusationem dici cum idem crimen citra inscriptionem alteriusque iudicii praelationem retorquetur; opponit enim Quintilianus haec duo; invicem accusare, et citra accusationem crimen obiectum in adversarium vertere. Verba auctoris sunt ista: *Superest tertium, in quo factum esse costat aliquid, a quo sit factum quaeritur. Eius rei supervacuum est ponere exemplum, cum plurima sint huiusmodi iudicia; ut si ho-occisum esse manifestum est, vel sagrilegium commissum, is autem qui arguitur fecisse neget. Ex hoc nascitur anticategoria. Utique hoc factum esse convenit, quod duo invicem obiiciunt. In quo quidem genere causarum admonet Celsus, fieri id in foro non posse, quod neminem ignorare arbitror. De uno enim reo consilium cogitur, et si qui sunt, qui se invicem accusent, alterum iudicium praeferre necesse est. Apollodorus quoque* anticategoriam *duas esse con-*

3 Quintil. 7. Inst. 3.

damnationem accusationem quem inchoare non posse, sit intelligenda, et putat eandem ad eos demum pertinere, qui vel civitatem, vel libertatem amiserunt.

troversias dixit, et sunt revera secundum forense ius duae lites. Potest tamen hoc genus in cognitionem venire Senatus, aut Principis. Mox, *Quare optimum est, si fieri poterit, ut singula vincantur a singulis. Sed si quando in partibus laborabimus, universitate pugnandum est; sive invicem accusent, sive crimen reus citra accusationem in adversarium vertat, ut Roscius in accusatores suos, quamvis reos non fecisset.* Hactenus Quintilianus. Igitur anticategoriae licet regulariter prohibitae sint, nihil tamen vetat idem crimen in adversarium retorquere; quo facto et reus absolvi, et contra accusator damnari potest (2). Est tamen retorsionis genus, quo causa criminis ita in adversarium vertitur, ut inde uterque damnetur. Mulier enim a marito adulterii accusata, si lenocinii crimen
5 marito opponat, contingint ut uterque damnetur, *L.* 2: §. *unde quaeri potest D. ad L. Jul. de adult.* Non idem contingit, si adulter accusatus marito lenocinium obiciat: non enim quemadmodum mulier lenocinio mariti pellectam se dicens, crimen marito imputat, ita id idem imputare potest adulter, *d. L.* 1. §. *qui hoc dicit et* §. *extraneus* (3). Nihil etiam vetat, quo minus eodem iudicio reus accusatorem calumniae postu-
6 let, *L.* 1. *C. de calumn.*, *L. qui cum maior* 14. *si libertus D. de bon. libert.* (4). Sed nec ad eos regula per-

(2) Verissima est Quintiliani Doctrina, cum mutua accusatio non aliud proprie sit, quam ipsa *anticategoria*, ac adeo non mutua accusatio ab anticategorica distinguenda sit, sed potius haec duo distingui oporteat *invicem accusare, et citra accusationem crimen obiectum in adversarium vertere.* Horum postremum Roscius in adversarios suos perfecit, quamvis eos reos non fecisset. Hinc scimus Judicium Roscii absolutione perfectum fuisse, quin tamen ulla adversariorum condemnatio sequeretur. Vid. Cic. *orat. pro Sex. Rosc. num.* 30. *et Num.* 34.

(3) Speciale hoc est in adulterii accusatione, quam in uxorem maritus instituit, ut ipsa uxor marito lenocinium obiicere et maritus lenocinii convictus sine accusatore damnari possit. Quod autem in uno casu ob speciales rationes speciale est ad consequentias produci, aut generalem regulam constituere nequit.

(4) Scilicet si calumnia evidens et manifesta adeo fuerit, ut ex actis instituti iudicii absque ulteriori inquisitione appareat, certum est, hanc eo tempore coërceri solere, quo de causa praesente

tinet, qui suam suorumve iniuriam persequntur; quos anticategoriam facere posse innuit, *d. L. neganda C. de his qui accus. non poss.* Hoc amplius; si reus accusatori gravius crimine obiiciat, ante de graviori cognoscitur: tum ex eventu caussae iudex aestimat, permitti ne debeat ei, qui prior inscripserat, leviorum criminum reum peragere, *d. L. 1. C. qui accus. non poss.* Qua parte sane reprehendenda est eorum oscitantia, qui verbis *d. L.* 1. parum perspectis, a mente legislatoris toto, quod aiunt, caelo deviarunt, docentes, eum, qui inter reos receptus est, non accusatorem suum, sed tertium gravioris criminis reum facere posse; quod falsissimum est. Jus enim accusandi tertium non habet, qui ipse in reatu est; accusatori tamen gravius crimen obiicere potest, non par, aut levius, *L. 5 D. de publ. iud., L pen D. de accusat., d. L. 1., d. L. neganda C. Qui accus. non poss.* (5).

Conf. Papon. 2 j. tit, 2 art. 7. Fab. C. qui acc. non poss. def. 1. 7

Vid Quintil. decl. 250 Clar. §. fin. quaest. 14. n. 12. Far. quaest. 12 n ad Decia. 3. tr crim. 24. n. 7

---

accusatora iudicatur. Peracta enim accusatio ob factam ab accusatore inscriptionem in crimen duo proprie respicit ipsum scilicat reum, utrum damnandus, vel absolvendus, et accusatorem, utrum calumniator declarandus sit. Ad casum autem manifestae et evidentis calumniae *cit.* L. 1 C. *de calumn.* referendam esse palam est. Quod si calumnia evidens et manifesta minime fuerit; nec enim ex defectu probationum argui statim potest, tunc, reo absoluto, de accusatoris consilio quaeritur, qua mente ad accusationem processit. In hac porro facti specie aliud esse de rei absolutione, et aliud de accusatoris calumnia iudicium, et hoc quidem accusatorem postulare, quis non videt? Vid. L. 3. C. *de calumn.* cum L. 1. §. 3. D. *ad SCtum Turpil.*

(5) In *Cod. Theod.* sub. *tit. de accus.* extat de recriminatione elegans admodum Valentiniani Senioris constitutio, quam Tribonianus, observante praeceteris lac Got., miro flagitio interpolavit. = *Neganda est*, sunt verba L. 12. d. t., *accusatis licentia criminandi, priusquam se crimine, quo premuntur, exuerint: Nam sanctionum veterum Conditores adimendam licentiam omnibus censuerunt in accusatores suos invidiosam dicendi vocem Nullam itaque obtineat in iudiciis auctoritatem periclitantium furor: qui si latius evagetur, ne ipse quidem cognitor tutus erit, aut quaestionem securus agitabit, qui exsequendo iuris severitatem, non potest illorum, quos punit, odium evitare.* Tribonianus autem, semper observante laud. Got. *in com ad cit.* L., tribus limitationibus abscissam huius constitutionis definitionem interpolatione sua perfregit. Nam I. et maius crimen, quam cuius quis reus factus est, recriminatione obiici et definiri posse indicat in *cit.* L. *neganda* 19. C. *de his qui accus. etc.*, quod etiam *cit.* L. 1. C. *eod.*

8 Postremo propositam regulam ita Cuiacius restringit, ut putet eam locum habere, cum non solum reus delatus, sed et reus factus, seu receptus est inter eos, quod litis contestatione fieri supra diximus; ceterum si delatus tantum sit, non solum par, sed et minus crimen delatori obiiscere posse. Verum hanc viri maximi distinctionem probare non possum; utpote per quam proposita regula non tam restringitur, quam evertitur. Etenim in civilibus quoque causis ita comparatum videtur, ut mutuae petitiones aut ante litis contestationem, aut in ipsa litis contestatione proponendae sint; quod si ergo in criminalibus idem fieri possit, ut delatus nondum tamen receptus anticategoriam instituat, iam regula proposita prorsus concidit. Accedit quod JCti, cum negant mutuam accusationem institui posse, non solum de recepto, se et delato reo loquuntur, ut Ulpianus in *d.L.2.§.qui hoc. dicit D. ad L.Jul. de adult.*, cuius responsum cavillari videtur Cuiacius, cum per delatum, receptum inter reos intelligit. Impingit denique Cuiacii distinctio in *L. 1. C. de his qui accus. non pos.*, ubi cum Imperatores Sylvano respondent, inscriptione facta, si adversarius graviora crimina obiiciat, ante de gravioribus agendum, satis innuunt, anticategoriam ne quidem ante litem contestatam admitti; praecedit enim inscriptio litis contestationem, cum inscribi etiam in absentem possit; litis contestatio non nisi cum praesente fieri possit *L. 2. C. de Exhib. et transmit. reis*, *L. un. C. de lit. contest.*, *L. 14. §. patroni*

Cuiac. 5. obs. 7. Decia lib. 3. tr. crim. c. 24. n. 2.

---

tit. definitur eo emblemate quod Tribonianus sub finem addidisse existimat idem Got II. In pari vel minori crimine recriminationem hactenus admittit, ut reus adversarium deferre quidem possit, et inscriptionem adversus eum deponere, sed nondum litem cum eo contestari, et postulare, ut inter reos nomen eius recipiatur. Sic ut recriminationis cognitio tantisper differatur, donec prima et principalis accusatio definita fuerit, vid *cit.* L. 19. Verum pace tanti Viri in huiusmodi limitatione Triboniani emblema reperire haud possum, qui videam eandem iuri apprime convenire, quod tradit JCtus in L. 5. §. *ult. D. de pub. iud.* Vid. *prior. not. ad hoc Cap. sub num.* 1. III. Recriminationem admittit, si suas, suorumque iniurias quis exsequatur. Vid. *cit.* L. 19.

C. de iud., L. 2. pr. et §. sin autem reus C. de iurei. pr. cal. praest. Nec movet nos *L. quoniam* 26. *C. ad L. de adult.*, qua tamen motus est Cuiacius, dum putat, non posse eam aliter cum *d. L.* 2. §. *qui dicit.* et §. *extraneus. D. eod. tit* conciliari, nisi distinctione inter delatum, et receptum reum adhibita. Etenim nullo negotio id rescriptum intelligere possumus non de eo reo, qui lenocinio mariti inductum se adulterium commisisse praescribebat: sed qui hoc contendebat, ius accusandi maritum non habere, ob id quod uxorem nondum dimisisset, *L. miles* 11. §. *volenti D. eod.*, *L. ult.* §. *illud. D. de divort.* Quae praescriptio cum dilatoria sit, et ante litem contestatam opponenda, satis ex eo adparet, nullam institutam fuisse anticategoriam ab Alexandro, qui hac praescriptione adversus maritum accusatorem usus est. Eiusdem farinae eorum doctrina esse videtur, qui scribunt, non obstante priore regula posse reum actionem iniuriarum adversus accusatorem instituere, *L. si tibi* 31. *C. de liber. caus.*, *L. pen. C. de. iniur.* Etenim iniuriarum actio, *si modo* ea in calumniatorem *datur*, non pendente accusatione, sed finita datur, ut manifestum fit ex *d. L.* 31., *L. pen.*, nec non ex *L. fin. C. de ord. cognit.*, quae generaliter docet, concurrente civili quaestione cum criminali, ante causam criminalem terminandam esse, ita ut finis accusationis initium praebeat actioni. Dixi *si modo datur*; quoniam in libris nostris id non reperio, actionem iniuriarum dari adversus eum, qui per calumniam innocentem accusat: Et meo iudicio stultum foret, cum calumniae adversarium postulare possis, malle ab eodem iniuriae aestimationem petere. Nec obest, quod anticategoriam facere possint, qui suam suorumve iniuriam persequuntur, *L. neganda* 19. *C. de his qui accus. non poss.* Aliud enim est obiicere accusatori crimen, quod ad tuam torumve iniuriam pertinet; aliud ob id ipsum quod te accuset, iniuriarum, id est, contumeliae actionem velle pendente accusatione instituere. Illud disertim legibus cautum est; hoc non aeque.

Ncost. decis. c. 44.

Porro sicut mutua petitio statim et ab initio insti-

10 tuenda est, id est, eo circiter tempore, quo litis contestatio fit; ita anticategoria quoque, quibus casibus licita est, initio iudicii instituenda. Et sicut in civilibus causis idem iudex de utraque petitione simul cognoscit, ita tamen, ut priores vices petitionis, posteriores mutuae petitionis sint; ita in criminalibus idem faciendum erit, ut priores partes sint accusantis, posteriores reaccusantis, *arg. L.* 1. §. *ult. D. Quae sent. sin. appel. rescind., Auth. et consequenter C. de sent. et interloc., Nov* 96. *cap.* 2. Ut enim natura praecedit accusatio defensionem; ita quoque accusatio reaccusationem. Sed si reus et crimen sibi obiectum retorqueat, et innocentiam defendat, utilius longe est defensionem praecedere, sequi retorsionem: Quintilianus *VII. Inst. III., Quo in genere semper prior debebit esse defensio. Primum quis natura potior est salus nostra, quam adversarii pernicies. Deinde, quod plus habebimus in accusatione auctoritatis, si prius de innocentia nostra constiterit. Postremo, quod ita demum duplex causa est: nam qui dicit, ego non occidi, habet reliquam partem ut dicat, tu occidisti. At qui dicit, tu occidisti, supervacuum habeat postea dicere, ego non occidi.* Idem *cap.* 2. *Denique in accusatione mutua, ut vacuum se uterque defendat, priusquam adversarium arguat, omnium necesse est rerum ordinem esse diversum.* Huc usque Quintilianus.

11 Illud denique notandum, quod quemadmodum in civilibus causis mutuae petitiones eundem iudicem sortiuntur, *L.* 1. *et* 2. *D. de quib. reb. ad eund. iud.*, ita id idem fieri in criminalibus, quo casu anticategoria licita est. Notandum autem propter Bartolum et nonnullos alios infelicioris aevi scriptores, qui tradiderunt, reaccusationem non procedere, si iudex accusati non sit iudex competens accusatoris. Moventur praeter *L.* 2. §. *sed si agant D. de iud.* illa ratione, quod agens criminaliter, agat ex necessitate, propter iniuriam sibi factam; non ex voluntate, atque ideo cesset ratio *L. cum Papinianus in fin. C. de sent. et interloc.* Quae ratio perspicue falsa est; non magis enim quisque accusare cogitur, quam civili actione petere quod sibi de-

Bart. in rub. et consequenter n. 3 C. de sentent. Bal. in l. 1. C. de iurisd. in fin. Mar. de ord. iud. dist. 6. n. 40.

betur, *L. un. C. ut nem. inv ag. vel accus.*, nisi forte coactio est, non posse alias, quam iudicio consequi quod velis. Nec ad rem pertinet *d. L.* .. §. *sed si agant D. de iud.*, quae legatis dumtaxat hoc indulget, ut si tempore legationis iniuriam passi sint, et agant, non cogantur respondere mutuae petitioni; ne in potestate cuiusque sit, pulsando legatum subiicere eum iurisdictioni.

CAPUT XI.

De Dilationibus.

1. *Dilatio quid sit?*
2. *Quibus ex causis concedatur?*
3. *Tempora dilationum fere arbitraria*
4. *An reus habeat dies XX. ex Auth. offeratur?*
5. *Non potest recusare iudicem.*
6. *Quod spatium probationi caussa indulgeatur?*
7. *Quod spatium intersit inter sententiam, et supplicium?*
8. *Quoties dilatio concedatur?*
9. *An dilatio detur in accusatione adulterii?*

Pene dilationes praeteriissem imprudens, de qua-
rum tamen diversis temporibus parum in libris no- 1
stris reperitur. Dilatio nihil est aliud, quam diei pro-
latio; quanquam alii inter differre, et proferre, inte-
resse existiment; ac differri dicant rem, cum in aliud
tempus reiicitur, nulla ante die constituta; proferri,
cum dies prodicta prorogatur. Datur dilatio omnis vel
a lege, vel a iudice, vel ab utroque. Iudex cum dat,
non nisi causa coram tribunali cognita id facit, *L.
4. C. de dilat.* Nec omnis iudex; non enim Princeps,
seu Consistorium sacrum, in quo qui litigare vult,
necesse est paratus bene atque instructus sit, *L. 5. C.
eod.*, *L. 1. C. de relat.* Causae ob quas dantur va-
riae sunt: veluti si alter ex litigatoribus morbo sontico 2
laborare, aut reip. causa abesse coeperit, *L. Quae-
situm 70. D. de re iud.*: si alterius familia funesta
facta sit morte patris, filii, coniugis *L. interdum 36.
D. de. iud.*: si testes alter, instrumenta, advocatum
abesse queratur, *d. L. 36*, et *L. 45. D. de iud.*, *L. 1.*

2. *C. de dilat.*, *L.* 23.§.*ult. D. Ex quib. caus. mai.* Quod si iudex in morbum sonticum inciderit, dies iudicii ipso iure diffinditur ex Lege XII. Tab. *L.* 2. §. *si quis iudicio D. Si quis caut. in iud. fist.* Sed etsi iudici non liqueret, diffindi dies potuit, ut ex Gellio colligitur XIV. *cap.* 11., nec non ex iis, quae supra de ampliatione diximus. Denique ex aliis quoque iustis gravibus causis dilationes conceduntur; nec enim omnes legibus comprehendi possunt, *d. L.* 46., *L.* 1. 4. *pen C. h. tit.*, *L.* 41. *D. ad L. Jul. de adult.*, *L. non possunt D.*
3 *de legib.* Tempora dilationum quod attinet, quoniam legibus, nisi paucis exceptis casibus definita non sunt, idcirco recte arbitraria dicemus, id est arbitrio iudicis definienda: Definita nominatim sunt legibus quae sequuntur: Si ex longinquo reus exciendus sit, antequam exhibeatur, indulgetur ei spatium competens, non minus tamen XXX. dierum, ad disponendas res suas, componendosque moestos penates, *L.* 2. *C. de exhib. reis.* Ultra quod spatium, licet Azo existimave-
4 rit, habere etiam reum iam exhibitum dies XX.. quos indulget vocato *Auth. offeratur C. de lit. contest*, assentiri tamen ei non possum. Dies enim XX. indulgentur in ius vocato, ut deliberet, utrum cedere, an contendere debeat. At quis criminis postulatus deliberet, cedendum; an contendendum sit; id est, negligenda, an tuenda vita sit? quis autem dubitet de facto suo, id est, admiserit nec ne crimen illud, cuius insimulatus est? Cum igitur cesset causa dilationis, ipsa quoque dilatio cesset necesse est. Sed inquiunt, qui Azonem laudant, non eo solum fine dilatio XX. dierum datur, ut deliberet reus, sed et ut iudicem suspectum recusare possit. Respondeo, ad iudicem recusandum dilatione nova opus non est, qui enim habet dies XXX. ad componendas res suas, is intra idem tempus facile statuere potest, utrum iudex recusandus sit, nec ne. Ut taceam, quod certum atque exploratum non sit, quod illi pro certo sumunt, posse nimirum iudicem in causis criminalibus ut suspectum recusari. Tametsi enim certum sit, potuisse id olim fieri in utrisque causis; novae tamen constitutiones de civilibus duntaxat loqui

Azo in d. auth. n. 10. Sich. ibid. n. 22.

videntur; quippe in locum recusatorum iubent arbitros eligi a litigatoribus, arbitri vero de criminibus cognoscere non possunt, *L.* 16., *et ult. C. de iud Nov.* 53. *cap.* 4 Verum hac de re iam *cap.* VII. diximus; et est alioqui quaestio nullius hodie usus, cum constet neutram hodie dilationem observari, ut et Baldus suo 6
aevo notavit. Igitur redeundo ad enumerationem temporum, si quis testibus vel instrumentis opus habeat ad probandam intentionem, ei si ex eadem provincia producendi sint, indulgentur menses III., si ex continenti VI., sin ex transmarina IX. *L.* I. *C. h. tit.* Quae tamen definitio eo pertinet, ut intelligamus plus temporis dare iudicem non posse, minus posse (1). Quid enim, si ita continens sit provincia, aut transmarina tam angusto freto divisa, ut paucis diebus in eam perveniri possit, cuiusmodi est Italis Sicilia, Afris Baetica, Saxonibus Danis, nobis Anglia; nonne absurdum foret, in causis praesertim criminalibus, novem indulgere menses, cum eam modico freto divisa pro continenti haberi debeat? *d. L.* I. *et ult. C. de dilat.*, *C. notionem* 99. §. I. *D. de V. S.* Si condemnatus sit reus, 7
dilatio XXX. dierum datur intra quos supplicium de eo sumere non licet, *L. si vindicari* 20. *L. de poen.* (2). Dandum enim hoc visum est innocentiae, ut non solum post conclusionem caussae, sed et post sententiam probari posset, nullaque cunctatio de morte hominis

Bald in d. auth. offerantur. 13.

---

(1) *Quod ita constitutum*, en verba *cit.* L. I. *de dilat*, *iudicantes*, *sentire debebunt*, *ut hac ratione non sibi concessum intelligant dandae dilationis arbitrium*, *sed eandem dilationem*, *si rerum urgentissima ratio flagitaverit*, *et necessites desideratae instructionis exegerit*, *non facile amplius quam semel*, *nec ulla trahendi arte sciant esse tribuendam.* Iudex ergo ex h. L. nec plus temporis nec minus dare potest. Ab eius tantum arbitrio pendet definire utrum ea sit *rerum urgentissima ratio*, et *necessitas* adsit *desideratae instructionis* qua semel dilatio per tempora praescripta concedi oporteat.

(2) Non satis hic animadvertit Auctor *cit.* L. 20. C. *da poen.* ad eum tantum referri casum. qui ab ipso Principe severius *contra consuetudinem suam* i. e. extra ordinem. forte irato, ut recte vetus huius leg. interpres, poena per epistolam fuerit imperata. Hanc *Leg.* Theodosio M. Imp. non spernendis argumentis tribuit Jac. Got. qui omnino vidend. *in com. ad T.* 13. *Cod. Theod. de poen.*

longa nimis videri debet, *L.* 1. §. *si quis ultro*, *L. unius* 18. §. *cognituram D. de Quaest.*, *L. Divi* 27. *D. de poen.* Haec sola tempora legibus nominatim definita sunt; ex reliquis igitur causis dilatio, ut dixi, arbitrio iudicis dabitur. Videamus quoties dari possit. Paulus in *L. ult. D. de fer.* respondit ita, *In pecuniariis causis omnis dilatio singulis causis plus semel tribui non potest, in capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duae dari possunt, sed utrumque causa cognita.* Obscure sane, ut solet Paulus, non male *scoteinos* propterea a Duareno dictus; elucidandum vero responsum ita: In civilibus iudiciis ex singulis causis non nisi una dilatio datur; exempli gratia, instrumentorum producendorum causa dilatio iam data est; non conceditur iterum, nisi causa cognita, et maxime si inopinatum aliquid emergat. *L. oratione* 7. *D. de fer.* In capitalibus vero etiam ex singulis causis, veluti testium, vel instrumentorum gratia reo tres, accusatori duae dantur, causa tamen cognita. Et cur plures reo, quam accusatori? quoniam hic instructus esse debuit, qui sciret accusationem se meditari; ille non aeque, cum saepe ex improviso reus fiat. Sed ab hac definitione excipit vulgus crimen adulterii, tanquam in eius accusatione non facile dentur dilationes; ob id quod Paulus respondit in *d. L.* 41. *D. de Jul. de adult.* in crimina adulterii nullam dandam esse dilationem, nisi iudex ex gravi causa hoc faciendum censuerit. Verum penitius si excutias Pauli responsum, facile concordare deprehendes cum *d. L. ult. D. de fer.*; nam cum in utroque responso Paulus tradat, dilationem causa cognita dari, eo ipso satis innuit, nihil esse causae, quamobrem adulterium a reliquis criminibus separetur (3).

Clar. 5. sent. §. fin quaest. 60. n. 5.

(7) Communis sententia vera videtur, nam Paulus altero loco regulam iuris; altero exceptionem proponit. Sane cum JCtus inquiat d. L. *ult. de fer.*, *in capitalibus reo tres dilationes, accusatori duae dari possunt; sed utrumque causa cognita*, quis non videt, eundem *cit.* L. 41. propositae regulae exceptionem tradere his verbis, *in crimine adulterii nulla danda dilatio est, nisi ut personae exhibeantur, aut iudex ex qualitate negotii motus hoc causa cognita permiserit?*

TIT. XIV.

DE

CUSTODIA, ET EXHIBITIONE REORUM.

CAPUT I.

De Exhibendis, Prehendendisque Reis.

1. An reus domi prehendi, a statua Principis, Ecclesia abripi possit?
2. Quid si in alia provincia degat?
3. An fugiens in alia privincia prehendi possit?
4. An occidi fugiens, aut resistens adparitoribus?
5. Temperatur statutum huius civitatis.
6. 7. Quae indicia prehensionem praecedere debeant?
8. In quibus criminibus prehensio fieri possit?
9. Quam distinctionem mores observent?

Si reus praesens sit, iudicive constet, ubi latitet, per adparitorem eum exhiberi prehedique iubet. *L. 2. et 3. C. de exhib. reis*. Nec interest, utrum in publico deprehendatur, an domi suae. Nam quod quidem existimant, non licuisse olim reum domo extrahere, id falsum est; regula enim quae id vetat, ad causas civiles, non ad crimina pertinet, *L. plerique* 18. *D. de in ius voc.*, *L. nemo* 103. *D. de R. I.* Quin etiam ex aede sacra extrahere licet reos graviorum criminum, ut, homicidas, adulteros, raptores, et eos qui Ecclesiam armati ingressi sunt, si monentibus clericis arma deponere noluerint, *Nov. 17, cap. 7.*, *L. 3. §. ult. C. de his qui ad eccles. confug.* Idem de statua Principis iudicandum, si reus ad eam confugerit; miseris enim, et a potentiore oppressis prodesse asyla debent, non facinorosis *L. un C. de his qui ad stat. confug.*, *L. capitalium* 28. *§. ad statuas D. de poen. Exod.* 21. *v.* 14., *Num.* 35. Itaque pie atque

1 Imbert. 3, Inst For. 5. Costal. in l. 18. fin D. de in ius voc. Conf Farin. quaest. 28.

Tacit. 3. ann.

graviter C. Cestius senator olim disseruit *Principes quidem instar Deorum esse, sed neque a Diis nisi iustas supplicum preces audiri, neque quemquam in Capitolium, aliave urbis templa perfugere, ut eo subsidio ad flagitia utatur* (1). Quod si reus in alia provincia degat, scribet iudex ad Praesidem eius provinciae, desiderans, ut reum cum prosequutione idonea ad se remittat. *L. solent* 7. *D. de custod. et exhib.*
2 *reor.* Quae remissio cum olim necessaria non esset, fieri tamen soleret, constitutione Justiniani ad iuris necessitatem traducta est, *Nov.* 134. *cap.* 5. (2). Nonnunquam et ultro Praesides reum auditum remittunt cum elogio in eam provinciam, unde est, vel ubi deliquit; interest enim in ea potissimum provincia exemplum statui, in qua crimen admissum est *L. si cui* 7. §. *ult. D. de accus.*, *L. non est dubium* 11. §. 1. *D. h. tit.*, *d. L. capitalium* §. *famosos D. de poen.* (3). Remittunt et militem ad Magistrum militum, si hoc personae, vel criminis qualitas exigere videatur, *L.* 1. *L. de exhib. et trasm. reis*. Ex his autem intelligimus, Praesidem eius provinciae, in qua crimen admissum est, non posse pro imperio reum in alia provincia adprehendere. Praeterquam enim quod id arguunt remissiones illae, quae literis exaratis postulandae sunt, etiam regula iuris suadet, quae negat

(1) Asyla tollenda esse a sanioribus rei politicae scriptoribus, nec non ab ipsis Principibus, qui hisce potissimum temporibus Populis eorum fidei commissis iura, legesque non sine laude dederunt, iamdudum fuit unanimi suffragio conclamatum. Vid. prae ceteris *constit.* Joseph. II *de asylis* editam die 9. martii 1782. Lectu porro dignissima sunt quae de asylis disserunt Auctor dei *delitti e delle pene.* Servin *op. cit. lib.* 1. *art.* 5. § 4. et Carrard *op. cit. par.* 3. *Cap.* 4. §.

(2) Cum in *cit* L. 7. *id quoque quibusdam rescriptis* declarari tradat Macer JCtus, haud facile Auctori adsentiri possum remissionem reorum ante *cit.* Justin. *nov.* necessariam non fuisse. Non ergo necessitas iuris ex ead. *Nov.* inducta fuit, sed potius eidem iam constitutae sanctio addita, qua Iudices et eorum officium, si requisitam remissionem facere neglexerint, multantur sex auri libris, quarum tres officium, et tres Iudices persolvunt. Quod si propter lucrum, vel reum non adprehendant, vel adprehensum non transmittant, ordine moti in exilium dantur.

quemquam extra territorium suum ius dicere posse, *L. ult. D.de iurisd.*, *L.* a *D.Pio* 15.§. 1. *D.de re iud.* Sed quaerunt interpretes: quid sit dicendum, si iudex reum fugientem in suo persequi coeperit, an transfugientem in alienum territorium, nusquam intermissa persequutione apprehendere possit? Verius est non posse; nam et hoc si faceret, ius diceret in alieno territorio, non suo. Quod quam periculosum sit, quamque facile armis causam praebere possit, nemo non videt. Nihil enim impatientius ferunt, qui cum imperio et potestate sunt, quam contemptum; contemni autem se putant, si alius in ipsorum territorio pro potestate aliquid facere velit. Ac licet initium persequutionis factum sit in nostra provincia, id tamen exitum et finem in aliena provincia factum tueri nequit. Quod enim nonnulli obiiciunt: quando finis habet necessariam causam cum principio, attendendum esse principium non finem, id eiusmodi est, ut tanquam vagum nimis et incertum axioma merito reiiciatur; in primis cum non iuris conditorum, sed interpretum sit; qui id nec quidquam firmare satagunt ex *L. quod ait* 23.§. *ult. D. ad L. Jul. de adult. L. qui cum maior* 14.§. *sed si minor.* 2.*D.de bon libert.*, *L. damni infecti* 18.§. *Sabinus D. de dam inf.*(4). Quaerunt etiam, si exhibendus conspecti

Gomes. 3. resol. 9. n.5. Diss. Argent art. 12 gl.2. n. 2. Conf. Chass. p. 1685. seu tit. 22. §. un. pr.

4 Gomes. d. c. 9. n 6. Clar. §. fin. quaest. 29. Boer. decis. 270.

(3) Vid. hac de re omnino *Cod. Leopold. art.* 34. *cum mei observat.*

(4) Hic iuvat animadvertere, quidquid ius romanum de reis alibi delinquentibus, alibi deprehensis narrat, ad delicta extra provinciam, sub eodem tamen imperante admissa pertinere, et magistratus a nutu eiusdem superioris pendentes supponere. A delictis itaque extra provinciam admissis ad ea quae extra territorium perpetrantur ob manifestam diversitatis rationem concludere, fas non est; et si quandoque hodie fit remissio, ea est mere *ultronea* ac *precaria*, a solo remittentis arbitrio dependens, atque vel maxime ab iis profecta, quae, ut inquit Paulus JCtus in L. 17. §. 3. D. *commod.* magis officii sunt, quam necessitatis. Exinde proficiscitur utilitas literarum, quas *reversales* dicunt, ne actus remissionis remittenti in posterum ullo modo praeiudicet, et in argumentum iuris perfecti in casu simili a requirente trahi queat. Cessat autem haec utilitas, quoties remissio ex iure perfecto fit, puta ob pactum, quia remissione conventa iudex deprehendens sibi non

Farin quae st. 43. n. 4. Menoch. de arb. rub. cas. 578. Morn. ad l. 3. C. de h. qui ad eccles. conf. Gail. 2. obs. 110. n. 50. Imb. 3. Inst. 1. lit. a.

Appartoribus aut fugiat, aut vi resistat, an occidi ab eisdem impune possit? Et hoc quidem certatim affirmant, ducto argumento ex *L. 4. C. de his qui ad eccles. confug.*, qua constitutum est ut si servus ad Ecclesiam confugerit, dominoque abducere eum volenti vi restiterit, impune occidi possit. Verum haec sententia simpliciter et absolute probari nequit, sed tum demum, cum aut eruptio rei periculosa futura est reipublicae, aut in gravi et flagranti crimine, deprehensus est, ita ut de auctore sceleris publice constet; aut arma expediens necem lictoribus minitatur et intentat. Ceterum quin cum iudex neminem indicta causa necare possit, qui poterit id lictor iudicis? Quid quod iura dictant, ignoscendum esse ei, qui sanguinem suum qualiter voluerit redemptum? *L. 1. D. de bon. eor. qui ant. sent. mort. sib. consciv.*, quod ratio, quasi lex quaedam tacita in aurem gannit, declinanda esse ea, quae nocitura videntur. Et sane si fugiet reus, non etiam armis se defendat, durissimum foret eum occidi; quoniam fugiunt non solum nocentes, sed et innocentes; dum nimirum animo recolunt illud Plautinum, *in Mostel, Res est meticulosa ire ad iudicem*: Nec non istud Ciceronis *pro Quint., Non minus saepe in mentem his venit potestatis, quam aequitatis: propterea quod omnes, quorum in alterius manu vita posita est, saepius illud cogitant quid possit is, cuius in ditione ac potestate sunt, quam quid debeat facere*. Quae cum ita sint, nolim *art. ult. Statut. Rub. 34.* qui de vulneribus pre-

---

praeiudicat. Interea, quae modum remittendi reum concernunt, non ultimum meretur locum, quod requirens de criminis a reo commissi indiciis sollicitus esse, eaque alteri, a quo remissio urgetur, communicare teneatur. Nec enim hic nudi executoris munere fungitur, sed quidquid per exhibitionem rei agit; ad communicationem mutuae operae in procuranda iustitia, et communem utilitate pertinet. Quem in finem opus est, ut, quod omnibus requisitionibus proprium I. de iure suo et, ut inquiunt, *fundata iurisdictione* doceat; II. argumenta reum gravantia litteris inserat, quod postremum maioris esse necessitatis arbitror cum reus extra territorium, ubi scelus admissum est deprehendi postulatur. Vid. Bohem. *ad Carpz. Quaest.* 110. *Obs.* 7. 8. *et* 12.

heneo inflictis loquitur temere extendere ad fugientem; in primis cum art. dicit, *Als er van rebellicheijt blijkt*: quo verbo non fugiens, sed repugnas et vim parans denotatur (5).

Porro exhibitionem, prehensionemve rei non decernit iudex, nisi certis quibusdam indiciis commo- 5
tus, ut colligitur ex *L. sicut falsi* 17. *C. ad. L. Corn. de fals.*, *L. Divus* 6. *D. de custod. et exhib. reor.*, iunct. *L.* 1 *D. de Quaest.* Quae indicia, utrum ab accusatore suggerantur, an alicunde suppetant, parum referre arbitror: tametsi usu indiciorum hodie obtinuit, ut non apprehendatur reus, nisi indicia a delatore testibus productis confirmentur, et in actis reperiantur. Illud videamus cuiusmodi indicia esse debeant, ut reus capi possit. Hac de re mirifice digladiantur Dd. quorum placita collegit Farinacius; nos non tam (Clar. §. fin. quaest. 28. Farin. quaest. 37. n. 113.)
solliciti quid alii senserint, quam quid legibus sit consentaneum, ita censemus: Quandoquidem leges 7
nominatim non exprimunt, cuiusmodi indicia esse (Farin. 2. qu. n. 117. et seq.)
debeant, quibus iudex ad decernendam prehensionem commoveatur idcirco totum hoc arbitrarium erit, ut iudex pro prudentia sua statuat, prehendi, an praetermitti reus debeat. Adhibeat in consilium religionem, pietatem, fidem; nec deerit quod sequatur. Adhaec quandoquidem ad condemnationem sufficiunt indicia indubitata, et luce meridiana clariora, *L. ult. C. de probat*; ad tormenta; indicia, et argumenta verisimilia, *L. milites* 8. §. 1. *C. de Quaest.*, idcirco statuamus, non requiri ad prehensionem indicia valde praegnantia, nedum indubitata, et luce clariora. Etenim, si ad tormenta sufficiunt verisimilia, quanto magis ad prehensionem, cum longe sit gravius in eculeo distendi, quam ab apparitore ad iudicem rapi. Itaque fama, fuga, minae, inimicitiae, insidiae, testimonium unius, confessio rei extra iudicium facta, et si qua similia, tametsi singula ad

---

(5) Etiam hac de re legi meretur *Cod. Leopold.* in *art.* 69, et 70. cui adde *meas observat.*

probationem criminis parum faciant, ad prehendendum tamen reum non sunt censenda inefficacia (6). Neque vero iudiciorum duntaxat, sed et criminum habenda est ratio. Nam si crimen pecuniarium sit, non est prehendendus reus, quoniam per procuratorem respondere potest; quod si gravior poena infligenda sit usque ad relegationem, quoniam per procuratorem causa agi nequit, necesse est, ut ipse reus exhibeatur, prehendaturve, *arg. L.* 1. *D. An per al.*
9 *caus. appel. red. pos.* Paulo aliter usus distinguit; observatur enim ita, ut si poena corporalis infligenda sit reo, non possit defendi per procuratorem, sed aut exhibeatur, aut citetur personaliter, id est, ut ipse compareat; quod si poena corporis admisso praestituta non sit, simplicem citationem decernit iudex, cuius haec est potestas, ut aut ipse se sistere, aut procuratorem mittere teneatur. Verum prior distinctio magis quadrat verbis JCti in *d. L.* 1. ubi espressim tradit, etsi relegandus sit reus in iusulam, non tamen caus-

Clar. §. fin. quest. 16. Gemes. d. c. 9. n. 8. Diss Far. d quaest. 27. n. 36. Diss. Chass. p. 671.

(6 Existimat Auctor *dei delitti e delle pene* §. 6. ipsa lege statuenda esse indicia, quibus reus prehendi possit. Huic autem sententiae me subscribere haud posse, ingenue fateor. Si enim facti quaestiones adeo impossibile est, ut lex definiat, penitus excluso iudicantis arbitrio, etiamsi de ferenda definitiva sententia agatur, si ipse laudatus Auctor in §. 7. optime animadvertit moralem probationum certitudinem facilius sentiri, quam exacte definiri, si eo usque progreditur, ut asserat tutiorem esse imperitiam, quae iudicat ex animo, quam scientiam iudicantem ex opinione, si demum idem iudicium ob possibilem diversarum circumstantiarum concursum eundem semper probabilitatis gradum nequit obtinere, non video equidem, qua ratione idipsum a lege queat definiri. Illud potius animadvertendum arbitror, ipsa lege distingui oportere iudicis *mandatum*, quod simplicem respicit rei prehensionem a *decreto*, quod quaestionem subsequitur; utrum prehensus, pendente iudicio in carcere custodiendus, vel militibus tradendus, vel fideiussoribus aut sibi committendus sit. Illud enim facilius obtinere potest, hoc autem maiorem expostulat causae cognitionem. Hinc civili libertati optime in Republica consultum video per constitutum tribunal, quod propric *jury d'accusa* Appellatur, quodque cognoscere ac decernere debet, utrum instituta accusatio admittenda sit, nec ne. Vid. Reipub. Italic, *Constit. Art.* 97. sub. *tit.* 13., nec non Blakston *Comment. in Leg. Anglic. lib.* 4. *Cap.* 21. et 22. Servin *op. cit. lib.* 3. *Art.* 2. §. 4.

Iam eius procuratorem agi posse. Habet enim vox *usque* in eo responso non escludendi vim quippe cum opponantur crimina pecuniaria criminibus non pecuniariis. Atqui nemo dixerit, relegationem corporis poenam esse; cum non tam corpus, quam animum relegati affligat. Quare ut maxime distinctionem usus probaverit, nobis tamen, qui legum interpretationem profitemur, prior amplectenda est. Postremo personarum quoque habenda est ratio; non enim omnes per lictorem capi, prehendive possunt. Sed quoniam interpretibus communiter placuit, omnes qui carceri includi nequeunt eos nec capi prehendive posse idcirco personarum enumerationem in caput sequens reiiciemus(7).

(7) Expositis hic ab Auctore romani iuris principiis apprime convenit *Cod. Leopold.* in *art.* 15. quem vide *cum meis observat.* Nonnullas huius regulae exceptiones exhibet *cit. Cod.* in *Art.* 16., cui et ipse alteram addidi *in meis observat.*

CAPUT II.

De Custodia Reorum.

1. *Custodiarum species, et quae libera custodia?*
2. *Quae adhibenda distinctio criminum?*
3. *Quae personarum?* 4. 5. 6. 7.
8. *An incarcerandus qui fide publica venit?*
9. *An a decreto iudicis, quo reum incarcerandum decrevit, appellari possit?*
10. *Intra quod tempus appellandum?*
11. *Unde incarcerato alimenta?*
12. *Quando accusator custodiendus?*
13. *Quid promittere debeat fideiussor rei?*
14. *An ad corporis poenam obligare se possit?*
15. *An consuetudo valeat, quae ad cruciatum obligat fideiussorem?*
16. *An ad exilium obligare se possit?*
17. *An fideiussores non inveniens admittendus ad cautionem pignoraticiam, vel iuratoriam?*
18. *Intra quod tempus sistendus reus?*
19. *An solus dies fideiussorem in mora constituat?*
20. *Quibus modis fideiussores liberentur?*
21. *An morte rei?*
22. *An si reum bis stiterint?*

1 Custodiae non unum genus est; nam qui custodiendi sunt, eorum alii in carcere ducuntur, alii in vinculis habentur, alii militibus, nonnulli magistratibus, vel Senatoribus asservandi committebantur. Qui in carcerem, aut vincula ducuntur, in custodia non libera sunt; qui militibus, aut magistratibus committuntur, eos in custodia libera esse recte dixeris. Est enim libera custodia, quando in domo magistratus clarissimi viri sine vinculis asservantur; ut cum a Senatu decretum est, ut ex coniuratis Lentulus abdicato magistratu P. Lentulo Spintheri, qui tum Aedilis erat: Cethegus Q. Cornificio: Statilius C. Caesari: Gabinius M. Crasso Ceparius Gn. Terentio senatori traderentur. Item quando rei militibus asservandi traduntur, aperta et libera custodia vocatur in *L.* 2. *C. de Exaet. trib.* Quod tamen ita intelligendum, si vincula absint, ceterum si ita traditus sit reus militibus, ut catena licet laxiore, in dextra adstrinctus sit sinistrae manui militis, non libera ea custodia videtur.

Sal. in coniur. Catil.

Senec. ep. 5. in fin.

Ita Paulum biennium in libera custodia fuisse Hieronymus scribit, licet eundem a milite custoditum fuisse tradat Lucas, haud dubie, quod vinculo, seu catena non esset adstricta Pauli manus. Carcer est locus undique septus, clausus ad exitum, qui quoniam plerumque et incultus tenebris, et odore foedus est terribili denique facie, idcirco non sine causa mala mansio appellatur (1). Latumiae etiam appellabatur quoniam saepe e saxo erat, in altitudinem depresso, et multorum operis exciso; velut illae latumiae Syracusanae, quas describit Cicero VII. *Verr.* Ita latumiarum verbum accipitur in *L. §. ult. D. de aleat.*, ubi Praetor minatur, se vel *multam dicturum* vel *in latumias, aut vincula publica ducturum*, metalli enim poenam per latumias non possis intelligere, cum certum sit Praetorem, qui mixtum, non merum imperium habet, in metallum damnare non posse. In carcerem vero qui ducebantur, alii catenis onerabantur, alii sine vinculis continebantur. Qui in vinculis erant, eorum manus pedesque catenis et compedibus vinciebantur; quas catenas Constantinus prolixiores esse iubet, ne cruciatum corpori inferant, *L. 1. C. de custod. reor.* (2). Neque vero custodia militaris om-

Hier. in catal. script. eccles. Act. Apost. ult. v. 16. Dalp. Flacc. decl.

---

(1) Apta equidem carceris descriptio, cuius veritas in *tyrannico* regime apprime deprehenditur. At diversa plane ratione Constantinus Imp., quamvis et ipse *despotico* gaudens regimine de reorum custodia statuit, ac ita, ut ipsa humanitas suggerere quodammodo videatur = *Interea viro exhibito non ferreas manicas, et inhaerentes ossibus mitti oportet, sed prolixiores catenas, ut et cruciatio desit; et permaneat fida custodia. Nec vero sedis intimae tenebras pati debet inclusus, sed usurpata luce vegetari: et ubi nox geminaverit custodiam, vestibulis carcerum et salubribus locis recipi, ac revertente iterum die, ad primum solis ortum illico ad publicum lumen educi, ne poenis carceris perimatur*, QUOD, quam pulcra sententia! INNOCENTIBUS MISERUM, NOXIIS NON SATIS SEVERUM ESSE COGNOSCITUR. Vid. L. 1. C. h. t. Constantini humanitatem hac in re aemulatus egregie est nunquam satis laudatus Hetruriae Legislator in suo *Cod.* quem vid. in *art.* 31.

(2) *Divus Pius ad epistolam Antiochensium graece rescripsit, non esse in vincula coniiciendum eum, qui fideiussores dare paratus est: nisi tam grave scelus admisisse eum constet, ut neque fideiussoribus, neque militibus committi debeat: verum hanc ipsam*

nino a carcere seiungenda; nam et illud factitatum legimus, ut carceri custodes milites adiicerentur; quemadmodum vel ex actis Apostolorum *cap.* v. et xii. colligitur.

Porro de custodia reorum statuitis, qui iurisdictio-
2 ni criminali praest, habita ratione criminum, et personarium. Nam pro criminis qualitate, pro dignitate, facultatibus, innocentia, personae alios in carcerem duci iubet, alios militibus tradit, alios fideiussoribus, vel etiam sibi committit *L.* 1. *D. h. tit.* Quantum ad crimina, distinguitur inter graviora, et leviora; ob graviora in carcerem ducendus est reus; ob leviora militibus, vel fideiussoribus, vel et suae fidei committi potest. *L.* 3. *D. eod.*, *L.* 1, *C. eod.* Hac definitione iuris conditorem non contenti interpretes, ita tradiderunt. Ubi poena pecuniaria crimini imminet, fideiussoribus reus committendus est: Ubi capitalis, aut corporis coërcitio flagitatur, carceri includendus: Quod si poena sit arbitraria, etiam iudex pro arbitrio statuet de custodia. Haec doctrina quanquam usu fere obtinuit, non uno tamen modo in leges impingit. Ut enim a postremo distinctionis membro odiar, valde absurdum est, eo dumtaxat casu Iudici arbitrium custodiae deferri, quo crimen extraordinarium in iudicio vertitur; cum videamus in universum Iudici arbitrium huius rei deferri in *d. L.* 1. *D. h. tit.* Adhaec non recte docent, quoties crimen corporali poena vindicandum est, toties reum includendum esse carceri, cum Impp. in *l.* 6. §. *super his C. de appel.* innuant, etiam capitalium criminum reos committi interdum idoneis fideiussoribus (3). Et sane gravis-

Ferrar. tit. 52. gl. 1. n. 19. Clar, §. fin. q. 46. n. 7. Gomes. d. c. 9. n. 8. Farin. qu. 32. n. 1. et 48.

---

carceris poenam ante supplicium sustinere. Ita in *cit.* L. 3. D. h. t., ex qua duo eruuntur I. sceleris gravitatem efficere posse, ut quis in vincula coniiciendus sit. II. Illud adesse debere legitimae probationis initium, quo reum crimen admisisse haud leviter suspicari possimus. Prius ipsa lege definiri, posterius cognoscentis arbitrio reservari alibi animadverti. Vid. *not.* ad *Cap.* 1. sub *num.* 6.

(3) Scilicet si a sententia fuerit appallatum = *Super his vero, qui*

simi criminis reus actus fuit B. Paulus a Judaeis, qui tamen Romae, ut diximus, per totum biennium in libera custodia fuit, *Act, Apost. cap. XXIV. et ult.* Postremo in eo peccare videntur interpretes, quod simpliciter negant, reum criminis pecuniarii carceri includi posse; nam si idoneum fideiussorem dare non possit, et suspectus de fuga sit, cur non carceri includi possit, cum etiam corpus torqueatur eorum, qui egestate pecuniariam poenam cludunt? *L.* 5. §. *ult D. de poen.*

2 Quantum ad personas attinet, et sexus considerandus est, et dignitas, et facultates amplissimae, et innocentiam. Sexus: quoniam mulier, cuiuscunque criminis rea, carceri includenda non est, ac ne militibus quidem tradenda; sed vel fideiussoribus, vel iuratoriae cautioni committenda, vel ab ascetriis custodienda, ex *Nov.* 134. *cap.* 9. Ante quam Novellam et pudori sexus cautum fuerat a Constatino; caverat enim, ut diversis claustris virilis femineique sexus rei continerentur, *L.* 3. *C. de custod. deor.* Dignitas; quoniam illustres viri ad iuratoriam cautionem admittuntur, *L. quoties* 17. *C. de dignit* (4). In minori dignitate constituti dant fideiussorem, *L. si gravius* 16. *C. eod.*, vel et suae promissioni reliquuntur; puta, si verisimilia innocentiae argumenta suppleant: at si praesumptiones contra eos faciant potius carceri includuntur, *L.* 1. *C. de custod. reor.*, *L. ult. C. eod.* Sunt autem illustres viri Patricii, Consules, Praefectus Praetorio, Praefectus Urbi, Magiter militum,

---

in capitalibus causis constituti appellaverint .... id observandum esse sancimus, ut inopia idonei fideiussoris, retentis in custodia reis etc. Vid. *cit.* L. 6. §. 3. C. *de appel.*

(4) In maiori dignitate constituti, si de criminibus non admodum gravibus agatur, ad iuratoriam cautionem admittantur, cui si non obtemperaverint, dignitate privantur, ac inconsulto Principe, recte damnantur. Vid *cit.* L. 17. C. *de dignit.* Quod si gravius aliquid admissum fuerit ab illustribus personis, vel a constitutis in minori dignitate, data satisdatione, priori casu ad Principem, posteriori ad Praefectum referri oportet, ut iudicetur, quid statuendum. Vid, L, 16. C. *eod.*

Magister officiorum, Quaetor sacri palatii, Comes sacrarum largitionum, Comes rerum privatarum, Praepositus sacrorum cubiculorum. Post hos qui sunt, in minoribus dignitatibus constituti sunt; eorumque alii spectabiles, alii Clarissimi, nonnulli Perfectissimi appellantur, *L.* 26. §. 1. *C. de usur.*, *L.* 38. §. 1. *C. de appell.*, §. *in summa Inst. de iniur.*, *L. un. C. de perfectis, dignis.* Qua de re consulendi sunt interpretes ad *Lib.* 1. *et XII. Cod.*, nec non notitia utriusque Imperii. His porro personis, quae in dignitate constitutae sunt, recte adnumeratur equestris ordo, nec non professores, atque doctores; iam pridem enim obtinuit, clarissimos eos indigitari. Quanquam usus non aeque observat, ut a carcere immunes sint, quippe qui nec sexum, nec dignitatem eximat (5). Facultates quoque efficere possunt, ut ne reus carceri includatur; non tam quod homines locupletes etiam in dignitate constituti videantur, quam quod fugae suspicio in eos non facile cadat, qui quot praedia, quot
6 agros, tot fere fidei sponsores atque sequestros habent (6). Postremo mores quoque, et vitae innocentia spectantur; durum quippe foret, temere carceri includi eum, cuius hactenus mores sancti fuerunt, cuius virtus et perspecta integritas mentis omnem criminis suspicionem amovet. Quod enim dignitati tribuitur et facultatibus, quae saepe indignis obvenunt; id potiori iure virtuti debetur; cuius illa praemium esse oportuit, *d. L.* 1. *D. de cust. reor. d. L. ult. C. eod.* (7).

Clar. d. q. 46. n. 24. et 6 Far. d. quaest. 27. n. 52. et 85. et qu. 33. n. 64.

---

(5) Et recte. Etenim in bene constituta Republica illa vigere debet aequalitas qua fit ut Lex pro omnibus eadem sit, sive aliena iura tueatur, sive malefacta puniat.

(6) Verum si de capitali supplicio ob admissum scelus inferendo ageretur, nulla equidem ad facultates ratio habenda esset, ne reus carceri manciparetur. Potius ex facultatum defectu fieri posset, ut reus in vincula esset coniiciendus, cum ob aeris inopiam Fideiussorem haud facile reperiret.

(7) Nimirum iudicia vel sunt generalia vel sunt specialia. Illa ex moribus, haec ex diversis circumstantiis quae factum vel antecedunt, vel comitantur, vel subsequuntur, desumuntur. Fit inde ut ex moribus illius quem accusatio respicit, arguatur potissimum vis iudiciorum specialium, et probabilitas exinde resultans ob mo-

Non adiicio superioribus personis aegros et valetudi- 7
narios, tametsi id ab aliis factum videam; his quip- ... in. d. q.
pe satis prospectum videtur a Constantino, qui salu- 72. n. 6 et
bribus locis reos contineri, diurna luce vegetari, ac d. q. 55. n.
sublevari iussit, ne poenis carcerum perimantur, 78.
quod innocentibus miserum, noxiis non satis severum esse dignoscitur, *d. L.* 1. *C. de custod. reor.* Cuiusmo- 8
di carcere si rei contineantur, nec aditus medicis ac Farin. in qu.
necessario ministerio praeclusus sit, valetudinem sa- 29. n. 68.
ne suam curare inclusi possunt. Eum vero qui fide publica venit, quam salvum conductum appellitant, omnino superioribus accensendum iudico. Quin imo habet ille ante personas enumeratas hoc praecipuum quod interdum ea sit criminis qualitas, ut nec dignitas, nec mores, nec amplissimae facultates a carcere liberent; at qui fide publica venit, cuiuscunque crimini insimuletur, etiam publica fide dimitti debet; estque perniciosissima eorum doctrina, qui scribunt licitum esse gravissimorum criminum reo dolis et cavillationibus fallere. Nec minus ab illis cavendum, qui docent ob publicam utilitatem salvum conductum revocari posse; quae enim tanta utilitas esse potest, ob quam fides sit violanda? quod vinculum humanae societatis satis firmum, nisi contineatur fide? Tolles commercium omne cum latronibus, piratis hostibus, Turcis, et Mahometanis, si dixeris fidem eis datam boni publici caussa violari posse. Itaque aeterna merito infamia Pontificis Eugenii IV. est, qui Ladislao Hungariae Regi auctor fuit, ut pacem cum Turcis factam violaret, cuius consilium etiam infelicissimus Regis exitus perfidiae damnavit (8). Eadem in infamia Patres Constantienses deflagrant, qui Singismundo imperatori auctores fuerunt, ut Joannem Hussum con-

---

rum diversitatem diversa quoque ratione aestimetur. Vid. *meum de indic libell.*

(8) Verum in hac Quaestione consul. prae ceteris Raynald. *ad Baron. in Eugen. IV.*

Sleid. lib. 3. tra fidem datam fiammistraderet (9). Sapientius Carolus V. qui Lutherum publica fide ad comitia Wormacensia evocatum, inviolatum dimisit, quanquam non deessent, qui Constantiensis decretum, et vestigia sequuti, fidem ei minime servandam esse contenderent.

Diximus de custodia rei iudicem decernere: Quid

9 ergo, si decreverit reum incarcerandum esse, an a decreto reus appellare potest? Variant interpretes partim negantes, partim distinguentes. Qui distinguunt; appellari quidem posse aiunt, sed non obstante appellatione incarcerandum esse reum, donec Judex appellationis pronuntiaverit, relaxandum esse. Videamus an non rettius atque facilius affirmans sententia defendi possit; pro qua cerctissima legum definitio militat, qua dicitur appellari posse ab omni interloquutione iudicis, quae vel sententia, vel appellatione interposita a sententia, corrigi nequit *L.* 1. §. 1. *C. de appel.*, *L. recip.*, *L. oportet* 36. *C. de appel.* Atqui decretum illud, quo iudex pronuntiat reum carceri includendum esse, eiusmodi est, ut per sententiam emendari non possit; consequens est ergo, ut appellatio ab eo decreto locum habeat, nec possit reus pendente appellatione includi; quoniam pendente appellatione nihil novandum, *L. un. D. Nih. nov. appell. interpos.* Nec obest *L.* 6. §. *super his* C. *de appel.* quae non nisi crimine audito et bene discusso appellare permittit. Etenim regulam ea adoponit, cui suae constant exceptiones (10). Regulariter non appellatur, nisi a sen-

Clar. d q. 46. n. 2. Guid. Pap. dec. 235. Rebuff. tract. de sent. exec. art. 7 gl. 5. n. 6. et 7. Coler. dec 164, n. 7. Mol. 4 sent. 54.

---

(9) Vid. hac de re Natal. Alex. *Histor. Eccles. Saecul* XV.

(10) Quamvis Auctoris sententiam vel ipse probaverit, cl. Renazzi in *op. cit. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 8., mihi tamen eadem non arridet. In *cit.* enim § L. 6. *de appell.* absque ulla exceptione generalis et absoluta regula statuitur, ut in capitalibus causis, non nisi audita omni causa atque discussa post sententiam dictam appellari conveniat. Nec aliquod reperit subsidium Auctoris sententia in *cit.* L. 1. §. 1. *de appell.*, vel in *cit.* L. 2. *de appell. recip.* Ed priorem namque quod attinet, in ea quaestio pertractatur, utrum adversus Principis rescriptum provocari possit, et ex relato D. Pii rescripto appares ad ipsius Principis sententiam provocare permissum esse,

tentia; interdum etiam ab interloquutione; ut; cum iudex de quaestione habenda interloquitur, appellari potest; quoniam gravamen illud sententia corrigi nequit, *L.* 2. *de appell. recip.* Sed nec illud ostendit, quod dicitur, in iis quae moram non patiuntur, appellationem non esse recipiendam, *L.* 5. 6. *ult. C. Quor. appel. non recip.*, *L. ult. D. de appel. recip.* Nam si eiusmodi reus offeratur, quem carceri statim mancipari publice intersit, veluti si in flagranti crimine repertus sit, si et confessus et momento convictus sit, non audietur appellans, nam ne a sententia quidem definitiva appellans audiretur, *L.* 2. *C. Quor appel. non recip.*, *L. constitutiones* 16. *C. de appel.*, *L.* 5. *D. de custod. reor.*, *L.* 2. *C. eod.*, *L.* 2. *C. de Exib. reis*, *L.* 4. §. *pen. D. ad L. Jul. maiest.* (11). At si vir integer et honestus in ius vocetur, de cuius scelere non constat, durum sane foret non audiri a decreto iudicis appellantem. Ergo cum appellari possit ab hac interloquutione, videndum ulterius, an ea appellatio interponenda intra dies decem, quos provocationibus interponendis prafinivit, *Nov.* 23. *cap.* 1.? Et cum omnem appellationem Imperator intra decennium interponi iubeat, diesque isti decem substituti sint in locum bidui, vel tridui, intra quod olim etiam ab interloquutione appellandum erat, *L.*

---

et quidem ut provocans docere possit vel falso, vel non ita se habere quae scripta sunt. Nullum ergo verae appellationis vestigium in hoc textu deprehenditur. Ad posteriorem quod spectat, agitur in ea de casu speciali, de quaestione scilicet, quam iudex in civili negotio habendam asse interloeutus sit, vel in eriminali, si contra leges hoc faciat. Quis autem dixerit ab interlocutione de quaestione habenda advarsus leges prolata ad decretum de reo incarcerando argumentum procedere?

(11 Neque hic satis accurate loqui videtur Auctor. I. Enim animadverto non admodum certum esse, quod appellare ab interlocutoriis super incidenti aliquo non liceat, si lege civitatis a definitivis sententiis appellare prohibitum sit. Vid. Voet *l.* 49 *t.* 1. *num.* 13. II. Non in omnibus criminalibus causis confessus et convictus ab appellando prohibetur verum in iis tantum, quae proficiscuntur ex criminibus, quorum nonnullae ex *cit. legib.* mentionem faciunt; ut omittam, reum non proprie dici convictum, nisi lata sententia, facta ab accusatore criminis probatio legitima fuerit declarata.

1. §. *quod in sententiis D. Quand. appell.* consequens est, ut ab hoc quoque decreto intra dies decem provocetur. Nam quod nonnulli obiiciunt, gravamen, quod hoc decreto infertur, continuum esse et successivum, ideoque et post dies decem elapsos audiendum reum esse; id sine ullo piaculo aspernari possumus; neque enim uspiam in libris Justiniani scriptum reperitur, a gravamine durante semper appellari posse. Procedamus ulterius, atque reum iam in

Gomes d.c. 9.n.10. Gaill. 1. obs. 139 n. 15.

11 carcerem detrusum fingamus; unde misero alimenta suppetent? iudexne, an accusator ea submnistrabit? Non male videntur interpretes sensisse, si reus inops et egenus sit, non solum alimenta, sed et alios sumptus necessarios ab accusatore submnistrandos esse. Cui consequens est, ut si sine accusatore iudex in reum inquirat, fiscus alimenta prastet. Quod si habeat reus unde alatur, suo sumptu alendus erit.. Argumento est, quod Ulpianus in *d. L.* 6. *D. de bon. damn.* scribit, in pannicularia computari numolos, quos damnatus in ventrali habuit victus suoi causa: Quo Rufinus scribit in *L. si victum ff. de re iud.*, *Si quis victum vel stratum iudicato inferri non patiatur, iniuriarum cum eo agi posse*: Quod Justinianus in *L. ul. C. de erog. milit. an.* rescripsit, si cui milites tuitionis vel ex alia causa deputati sint, ut quae praeter annonas, quas ex publico percipiunt, militibus necessaria sunt, ea praestet ille, cui deputati sunt. Quo loco glossographus usus est ad probandam praesentem sententiam; sed si verum fateri libet, non pertinet ad rem; neque enim de custodia reorum agit, sed tuitione locorum vel personarum. Idque inde quoque adparet, quod huiusmodi militum deputatio non possit fieri sine consensu Principis; atqui ad custodiam reorum Principis consensus non est necessarius. Quanquam illud quoque fatendum, nec ex prioribus locis necessarium, sed probabile dumtaxat argumentum colligi. Quemadmodum et ex illo Plinii II. *Epist. XVI.*, *Nempe enim daturi estis consulari viro servulos aliquot, quorum e manu cibum capiat, a quibus vestiatur, a quibus calciatur; om-*

Bartol. in l. sanctum D. de rer. divis. Boer. decis. 503. n. 2. et 10. Coler. decis. 281. Chassion. p. 265. verb. additio.

nia vel sola praestabo. Item quod ex Legibus XII Tab. Gell. 10. capt.
dicitur, quae debitorem nervo compedibusve vinctum voluere de suo vivere; ni faceret, farris liberam dumtaxat in dies a creditore praestari. Nam si ob aes alienum condemnatus de suo vivere iubetur, quanto magis ob crimen in carcerem detrusus? Quin etiam ob maleficium vinctum alendum fuisse, ni de suo viveret. Phormio Terentianus innuit; qui cum gloriatus esset, multos a se tum hospites, tum cives deverberatos usque ad necem, nec tamen a quoquam damnatum se domum ductum; subiicit, idcirco id sibi impune licuisse, quod alere nolint hominem edacem. Adducitur etiam a nonnullis *L. suo victu 18. D. de oper. lib.*; verum ea quid ad rem faciat, non sane video; quid enim commune liberto operas patrono edenti, cum reo alicuius criminis? quid vassallo, quem exemplo liberti domino suo intra territorium eius suis sumptibus servire debere tradunt?
12
Nihil sane nisi ex reo libertum, ex accusatore patronum facere velis. Illud postremo de custodia notandum, iure Romano non solum reum, sed interdum et accusatorem custodiae mandari; nempe cum capitis periculum reus adit, ut calumnians similitudinem supplicii pati possit, *L. ult. C. de accusat.*, *L. 2. in fin. C. de exhib. reis.* Nec obest quod fideiussor de persequenda lite ab accusatore exigitur, *L. 3. C. Qui accus. non pos.* Aut enim praeter fideiussorem custodiae mancipatur accusator, si nimirum crimen capitale obiiciat reo; aut, quod verisimilius, si crimen non capitale obiiciat, fideiussorem de persequenda lite dat; sin capitale, custodiae mandatur, habita tamen dignitatis aestimatione, *d. L. ult.*

Satis de carcere: transeamus ad eas controversias, quae de fideiussoribus moventur. In primis quaeritur, si crimen eiusmodi sit, ut reus fideiussoribus committendus videatur, quid promittere debeat fideiussor? 13
Sunt enim qui existimant, sufficere, si fideiussores promittant reum iudicio sisti, alii et plures quidem indicant, etiam poenam certam promittere eos debere, si reum non stiterint; aut certe iudicio sisti, et iudi-

Gomes. 3. resol. c. n. 8. Clar. § fin. q. 46. n. 17. Farin qu. 33. n. 3. et 9. 34. n. 3.

catum solvi. Priorem sententiam verissimam esse *L. 4. D. de custod. reor.* docet. Ex ea enim discimus, ut in civilibus causis, si poena certa promissa non sit, non vitiatur stipulatio, sed in id quod interest agitur, *L. 2. §. ult., L. 3. D. Qui satisd. cog. L. ult. D. Si quis in ius voc. non scier. §. ult. Inst. de V. O., L. stipulationes non dividuntur 72. D. eod., L. si quis d. L. 43 §. 1. D. de re iud.;* ita in criminalibus, si ne-
Resp. Holl. 212. que in cautione neque in decreto Praesidis quantitas expressa sit, neque consuetudo ostendatur, quae certam formam imposuerit, Praesidem de modo pecuniae, quam inferri oporteat, statuere. Accedit quod falsa sit praesumptio eorum, qui aut poenae certae, aut iudicatum solvi promissionem, et fideiussore exigunt; sumnnt enim sibi pro certo et iudicato, fideiussoribus non posse committi eum, qui crimen gravius admisit; quod nos supra refutavimus ex *L. 6. §. super his C. de appel.*, ex qua probavimus, interdum et capitalis criminis reum committi fideiussoribus. Quod cum ita sit, frustra exigas eo casu a fideiussore, ut iudicatum solvi promittat, cum condemnatio rei principalis non pecuniaria, sed capitalis futura sit. Et id ipsum cum animadvertere nonnulli, coacti tandem sunt sententiam suam ita temperare, ut si rei condemnatio pecuniaria futura sit, cogatur etiam fideiussor promittere iudicatum solvi; sin minus, vel certam poenam pecuniariam, vel simpliciter iudicio sisti promittat.

Secundo quaeritur: An fideiussor etiam ad corporis
14 cruciatum, vel capitis poenam se obbligare possit? ac sicubi huiusmodi consuetudo vigeat, an non ea tolerabilis censenda? Utrumque prima fronte adfirmandum videbatur. Etenim si pro republica devovere se licet, cur non liceat idem pro amico, cum post patriam omnia summa sibi vindicent parentes, et amici? At pro republica id licere, non facile negabit qui-
Vellei. Patere. hist. 1. squam, nisi qui nescit Codrum, et Decios, qui id fecerunt, cum morte aeternam gloriam consequutos esse. Adhaec non multum a fideiussoribus obsidum conditio distare videtur; qui quanquam ultimo supplicio pro patria ultro se subiiciunt, nemo tamen eam

obligationem tanquam impiam, et absurdam hactenus damnare ausus est. Nec minor eorum gloria, qui victa patria, aut obsessa, omnes pereant, supplicio sine sortitione se offerunt; quales fuerunt sex illi, de quibus Frossardus in obsidione Galeti scribit, qui, cum victor obsessis fame confectis hanc legem dixisset, ut ex omni civium numero sex potentiores, nudi caput et pedes, laqueum collo, et claves oppidi manibus gestantes, arbitratui suo dederentur, ne exspectata quidem sortitione, patriae anxiae succurrerunt. Nec eorum dumtaxat laudatur fides, qui pro universis, sed et qui pro singulis interveneruut. Velnti apud priscos, Damonis, et Pythiae, quorum alter apud Dionysium tyrannum vadem se pro altero dare non dubitavit; in recentioribus annalibus Angli cuiusdam, et Hispani, quorum hic, cum expugnata Crodunae munitione, in extrema Britannia Hispani omnes ad internecionem delerentur, ab Anglo pro eo neci se offerente servatus est, quod ipse quoque in Belgio, ab Hispano contra paris severitatis edictum defensus esset. Sed in primis illud movere quem poterat: quod in sacris quoque videatur ea lex probari, qua cui custodiendus reus sub certa mortis poena committitur. Nam cum adversus legem unus ex filiis prophetarum ab Achabo Rege succurri sibi peteret, repulsam tulit; dictitante Rege, non esse quod queratur, cum sciens prodensque tam duram custodiae legem susceperit. His tamen non obstantibus negantium sententia uti communis, ita verissima est. Immotum quippe illud ex intima civili sapientia depromptum effatum est; Nemo est dominus membrorum suorum, *L, liber homo* 13. *D. ad L. Aquil.* Cui consequens est, ut ad capitis poenam, vel corporis cruciatum nemo obligare se possit. Et absurdum sane foret, pro eo fideiussorem plectere velle; nam poenae finis partim emendatio peccantis est; partim exemplum, quo alii a maleficiis deterreantur, partim solatium, quo laesus, eiusve cognati fruantur. At nec reus emendabitur, nec exemplum commode statui poterit, nec cognatis peremti satisfieri, si pro auctore sceleris plectatur fideiussor. Quare totum istud, tan-

Fors. de bel. Briton.

Cic. 3. off. Valer. 4. c. 7. Thuan. lib. histor. 111.

1. Reg. 20. v. 38. et seq.

quam reipublicae noxium, et a recta ratione abhorrens repudiandum est. Neque vero difficile est ad argumenta obiecta respondere. Etenim quod de ii , qui pro republica se devovent adferebatur, id praesenti fideiussioni prorsus dissimile est. Patriae omnia summa debemus, proque ea non verbera dumtaxat et vulnera, sed et mortem, si imperet, subire debemus. Non idem obsequium amico debetur, pro quo in acie mori gloriosum quidem erit; at scelere impiatum fideiussione tua poenae subducere velle, turpissimum. Denique patriae et parentibus sanguinem et spiritum debemus, quem illi in extrema necessitate constituti iure quodam suo a nobis repetere possunt. Amicis vero qui spiritum debere possumus, quem a patria et parentibus accepimus? Iam obsidi quid quaeso commune cum fideiussore? Illum victor imperat, civitas tradit, invitum etiam flentemque; hunc nulla necessitas, sed propria voluntas vitae periculo supponit. Ut taceam, quod secundum interpretes obsidis obligatio odiosa sit; ideoque non facile producenda ad consequentias. Quod ad exemplum Damonis ei Pythiae attinet, id frustra adducitur, quoniam constat non exemplis, sed legibus iudicandum esse; in primis autem o era luditur, si eiusmodi exempla adducantur, quae legi et rectae rationi adversantur; cuiusmodi est, de quo nunc quaerimus; ubi qui dominus membrorum suorum non erat, cervicem suam alterius cervici succidaneam esse voluit. Quanquam peccatum Pythagorei et eo nomine excusari posse videatur, quod persuasum haberet, tam sibi firmum et fidelem esse amicum, ut non posset non fidem datam servare. Postremo quod ad locum e sacro codice adductum attinet is sententiam nostram non evertit. Credendum enim eum, quem propheta fingit captivum ad se adduxisse, non gregarium, sed ducem, tribunum, aut centurionem fuisse, cui ipse parere necesse habuerit. Ad quam necessitatem, cum accesserit etiam pactio et consensus prophetae, tanquam sequestri, non dubitavit Achabus contra eum sententiam dare: reus enim mortis fuit, et propter severitatem disciplinae militaris, et proptor consen-

sum, per quem severitatis sensus minuitur et mitigatur. His porro consequens est, consuetudinem, qua fideiussor ad poenam corporalem obligatur, nullo modo excusari posse, sed tanquam impiam et irrationabilem antiquandam esse. Ac licet tolerabilia esse dicantur ea, quae vetus consuetudo comprobat, *L. Impp.* 13. *D. de pollicit.*, id tamen non de consuetudine impia et irrationabili intelligendum; sed ea dumtaxat quae deflectit quidem nonnihil a recto, aut decore, non tamen prorsus honesto contrariatur. Possis audacius dicere JC. in *d. L* 13, loqui non de turbium rerum, sed adiaphorarum consuetudine, ubi parum intersit, utrum hoc, an illo modo quid fiat; tametsi decentius sit, illo potius, quam hoc modo fieri. Ad quam consuetudinem etiam Aristoteles in *Politicis* respexit, cum dixit, scaevam non esse cogendum ad usum dextrae; tametsi enim decentius sit, dextera potius, quam sinistra uti; non tamen turpe est uti sinistra. 15

16 Tertio quaeritur, eademne sit exilii, quae poenae corporalis ratio; an vero nihil impediat, quo minus sub exilii poena fideiubere pro reo quis possit? Breviter tenendum, diversam esse exilii, et poenae corporalis rationem. Ad corporis cruciatum idcirco nos obligare non possumus, quoniam nemo est dominus membrorum suorum; at fortunae sibi quisque faber est, et rerum suarum moderator et arbitrer; quare, quae ad fortunas magis et bona pertinet, quam ad vitam et corpus, de iis statuere nobis quod libet licet, *L. in re mandata* 21. *C. mand.* Quod si quaeramus, exilium utrum corporis poena sit, nec ne: sine haesitatione respondendum, ad fortunas potius et domicilii mutationem respicere, quam ad corporis cruciatum. In primis vero hodie nullum doloris corporei sensum exilium adfert, ubi salvis numinis damnati exulant; atque idcirco non fame, non siti vexantur, sed, ut Poetae verbis utar, bibunt ab octava, et fruuntur Diis iratis. Adhaec cum domicilium quisque pro libitu mutare, et quasi in spontaneum exilium proficisci possit; qui minus sub poena exilii vadem se pro reo constituere possit, non video.

17 Quarto quaeritur, si fideiussores reus reperire non possit, an ad iuratoriam, vel pignoratitiam cautionem admittendus sit? Verius est inopia idonei fideiussoris in carcere eum manere debere; ita enim innuit *L. ult. §. si vero D. de custod. reor., L. 6. §. super his vero, L. minime fas est 12. C. de appel.* Et cum praetoriae satisdationes, tametsi rei pecuniarie nomine exigantur, personas pro se intervenientium desiderent, nec possit quis pignoribus, vel auri argentive depositione in vicem satisdationis fungi, *L. praetoria 7. D. de praet. stipul.*, absurdum foret in criminalibus causis, ubi de vita et fama hominis cernitur, pro fideiussore pignus dari. Pignus enim observare, custodire, sistere reum non potest; fideiussor potest; quippe qui sentiat, magno sibi constituram fugam rei. Nec est quod quis obiiciat, in civilibus causis, eum qui fideiussorem non invenit, ad iuratoriam cautionem admitti, *Nov. 112. cap. 2.* Alia enim causarum criminalium ratio, diversa facies, et severior ordo; utprorsus absurde faciant, qui ab illis ad haec ducto argumento ratiocinentur. Quid enim? nonne in civilibus causis possessores rerum immobilium repromittunt iudicio sisti? num ergo in criminalibus caussis idem observandum, ut nullus possessor rei immobilis aut carceri includatur, aut fideiussione onеretur? Nullo modo; nec id quisquam hactenus asserere ausus est: ut mirer, cum hoc dixerit nemo, illud tamen nonnullos defendere adgressos. Qui quidem frustra adducunt prosua sententia *Nov. 134. cap. 9.*; non enim quod mulieri ab Imperatore uxorio specialiter indultum est, id ad viros recte producemus (12). Strictius accipiendae sunt novae constitutiones, ut quod nominatim mutatum non est, id relictum intel-

Pose. tit. de carcer. fidei n. 72. Clar. § fin. quaest. 46. n. 14. Farin. qu. 33. n. 9.

(12) Ad mulierum pudicitiam in *cit. Cap. 9. Nov. 134.* rationem quam maxime habere valuit Iustinianus. = *Nullam enim mulierem pro pecunia fiscali, sive privata causa, aut pro criminali quolibet modo, aut in carcerem mitti concedimus, aut a viris custodiri: ut non per huiusmodi occasiones inveniantur circa castitatem iniuriatae.*

ligatur constitutionibus veteris iuris, *L. praecipimus* 32. *in fin. C. de appel.*

Quinto videndum, intra quod tempus sistere reum fideiussor debeat, et si non stiterit, an statim poena ab eo peti possit? Mihi verisimile fit, tempus non certum, sed arbitrarium esse, id est, iudicem pro arbitrio diem statuere, qua reus iudicio sistatur, quoniam lege dies definitus non est, *L.* 4., *L. de die* 8. *D. Qui satisd. cog.*, *L.* 1. *D. si quis caut. iud. sist.* Sed si statuta die non stiterit reus, non statim damnatur fideiussor, sed habet ex *constit.* Iustiniani semestre spatium, intra quod si reum sistat, poenae praestationem effugiet, *L. sancimus* 26. *C. de fideius.* Videndum tamen, an ea constitutio de huismodi fideiussore loquatur. Nam licet communis schola id affirmet, contradicit tamen maximi nominis vir Alciatus, existimans, perperam interpretes confudisse eum, qui promisit iudicio sisti, cum eo, qui promisit aliquem in iudicio praesentare, vel exhibere: hunc liberari, si vel semel exhibuerit; illum a principio litis usque ad sententiam sistere debere: semestre spatium ad exhibendum huic indulgeri; non indulgeri illi: promittere hunc proprium factum; illum polliceri alienum. Verum, quod pace tanti viri dicere liceat, ipsum puto perperam a communi schola secessionem hac parte fecisse. Quid enim interest, utrum promittas aliquem iudicio exhiberi, an iudicio sisti? utroque casu, non alienum sed tuum factum promittis; id est, te effecturum, ut reus iudicio se sistat, sicut perspicue JC. docet in *L. quotiens* 81. *D. de V. O.* Unde et utroque verbo sistendi, atque exhibendi in hac materia promiscue utuntur Iurisconsulti, ut videre est *L. si eum* 10. *D. si quis caut. iud. sist.*, *L.* 1. *D. Si ex noxal. caus. ag.*, *L.* 4. *D. In ius voc. ut eant, aut san. vel caut. dent.*, *L.* 4. *D. Qui satisd. cog.* Graeci quoque in Basilicis constitutionem Iustiniani interpretaturi, usi sunt verbo *paristan* quod in iisdem nihil aliud est, quam sistere, ut passim ex iisdem libris intelligi potest. Adhaec cum olim, qui iudicio sisti promiserat, effugeret condemnationem, sit

18

Alciat. 8. parerg. 20.

Eclog. basil. lib. 7. tit. de fideiuss.

reum post aliquot dies, quam sisti promiserat, iudicio stitisset, *L. Et si post. tres.* §. *D. Si quis caut. in iud. sist. caus. fact.*, valde verisimile fit, Justiniano brevius id tempus visum, et idcirco fideiussoribus semestre spatium indulsisse, intra quod sistendo poenam effugiant. Et hoc quidem etiam Justiniani genius probabile facit, favit enim fideiussoribus impense, dato iisdem novo beneficio, quod ordinis vocatur, *Nov.* 4. *cap.* 1. Sed et iisdem fideiussoribus, qui iudicio sisti promiserunt, aliud beneficium indulsit, *L.* 27. *eod. tit. de fideiuss.* ut si sine scripto, et sine adiectione diei adpromiserint, non in perpetuum teneantur, sed intra duos menses tantum; et scripta quidem fideiussio sit perpetua; non scripta, bimestris. Postremo in hac sententia confirmat me doctissimus interpretum Cuiacius, qui in observationibus palam profitetur *d. L.* 26. *C. de fideius.* loqui de fideiussoribus, quo in causa sive civili, sive criminali caverunt se reum certa die iudicio stituros. Sed dicet aliquis, cum causa criminalis biennio finienda sit, *L.* 2. *et* 3. *C. ut int. cert. temp. crim. caus.* qui poterit id fieri, ut fideiussor, quoties sistere reum debet, semestre spatium habeat ad purgandam moram; ita enim vix decennio finietur iudicium? Respondeo: non est metuendam ne diutius proteletur iudicium, quoniam non saepius, sed semel dumtaxat id eveniet, ut fideiussor gaudeat semestri spatio. Etenim, si intra id spatium, reum non stiterit, exacta poena liberabitur; sin stiterit, reus includetur carceri, quoniam non debet fideiussoribus committi, qui contra promissionem et fidem datam latere, evadere, erumpere conatus est. Durius enim cum illis agendum esse, qui restitant, vel fugam meditantur, argumento est, quod de damnatis in opus metalli traditur *L. aut damnum* 8. §. *inter eos D. de poen.*, ut si fugerit ex opere, in metallum dentur, et gravioribus vinculis premantur. Item quod de iis, qui effracto carcere eruperunt, traditum *L. pen. D. de custod. et exhib. reor.*, ut retracti ex fuga, etsi innocentes fuerint, puniantur.

Cuiac. 19. obs. 34.

Sexto, si quis pro reo in certam diem caverit iudi- 19
cio sisti, controvertunt interpretes, utrum solus dies Gomes. 5. resol. 9. n. 9. Farin. qu. 34. n. 125.
fideiussorem in mora constituat, an vero admonitio
quoque iudicis requiratur? Omissis aliorum placitis,
mihi hoc sic videtur. Quandoquidem Romanis in more positum fuit, die dicta veniente reum citari e tribunali voce praeconis, ut supra *ad tit. de accus. cap.* ix. demonstravimus, consequens est, ut si id factum non fuerit, non incidat in poenam fideiussor. Cur enim sistat reum fideiussor, si ius in ea causa non sit dicturus iudex? nam et civili iudicio, si idcirco non stiteris reum, quod ius ea die non diceret Praetor, non incidis in poenam, *L.* 2. §. 1. *D. Si quis in ius voc. non ier.* Adhaec, ut maxime die prodicta reus voce praeconis citatus sit, non tamen statim in poenam incidet fideiussor; quippe qui ex *d. L.* 26. *C. de fideius.* habeat spatium semestre, intra quod reum sistere, moramque purgare possit. Itaque licet regulariter poenae semel commissae ex die adposita obligationi, nulla deprecatio est, *L. Celsus* 23. *D. de recept. L. traiectitiae* 23. *D. de O. et A.*, fallit tamen ea regula in fideiussore iudicio sisti. Fallit et altera, qua dicimus diem interpellare pro homine, *L.* 2. *C. de iur. emphy.*, *L. magnam* 12. *C. de contr. et com. stipul.*; fideiussor enim iudicio sisti non solius diei lapsu in mora constituitur; sed ita, si iudex citato reo paratus sit ea die ius reddere.

Postremo excutiendum quibus modis fideiussores
liberentur. Et quoniam omnis obligatio tollitur solu- 20
tione eius quod debetur, consequens est, fideiussorem quoque liberari, si aut punitus fuerit reus, aut absolutus, aut cum status non esset, poenam solverit fideiussor. Habet enim et hic locum vulgata regula: Sublata obligatione principali, tolluntur etiam accessiones, *L. in omnibus* 43. *D. de solut. et liber.* Sed du- 21
bitant interpretes, quid sit dicendum reo mortuo, an Farin. d. qu. 34. n. 37.
quoniam crimen mortem extinguitur, liberetur etiam
fideiussor? Distinguendum ex *d. L.* 26. *C. de fideius.* Aut reus mortuus est intra diem dictam, aut post diem dictam intra semestre spatium, quod fideiusso-

ribus indulsit Justinianus. Si mortuus sit intra diem, liberatur fideiussor; sin post diem, nihilominus poena ab eo peti potest. Nec mirum; tametsi enim crimen morte extinguatur, nec exhiberi possit, qui fato functus est; tamen quoniam mora semel facta est, et semestre spatium ad purgandam dumtaxat moram datur; non poterit fideiussor effugere poenae exactionem, qui die prodicta reum non stitit (13). Quapropter et ante constitutionem Justiniani, si reus mortuus esset, ita demum liberabatur fideiussor, si non post longum tempus reus decessisset, *L. si eum* 10. §. *ult. D. Si quis caut. iud. sist.* Et quoniam mors duplex est, naturalis, et civilis; non solum naturalem, sed et civilem hic intelligemus; ut si intra diem prodictam reus exilio punitus sit, vel proscriptus, non condemnetur fideiussor; sin post diem prodictam, intra semestre spatium, condemnetur, *arg. L.* 4. *D. eod.*

Clar d. qu. 46. n 22. Farin. d. qu. 64. n. 59.

22 Dubitant praeterea interpretes, an liberetur fideiussor, si reum bis iudicio stiterit? Quod licet nonnulli adfirmaverint, verius tamen est, toties reum sistendum esse, quoties iudex desideraverit; obligatur enim fideiussor usque ad sententiam. Appellatione vero interposita non tenetur reum exhibere, nisi id stipulatione nominatim comprehensum sit, *L. Graece* 8. §. *et post. litem D. de fideius. L. pen. D. iud. solv.* Neque ad rem facit, quod nonnulli obiiciunt, infinitatem esse vitandam, *L. fideicommissa* 11. §. *si quis decem* 18. *D. de leg.* 3., *L. qui bona* 13. §. *ult. D. de dam. inf.* Abituram autem rem in infinitum, si toties cogatur fidei-

Bosc. tit. de carcer. fidei. n. 35. Farin. d. qu 34. n 163. et seqq. Fachin. 9. contr. 78. Vid Rosch. 49. §. 21.

---

(15) Si reus interim decesserit, siquidem intra dilationis primae terminum, a poena immunis est fideiussor; non item, si demum intra terminum dilationis secundae, nisi fideiussor rei defensionem susceperit, durante secunda dilatione, nec deseruerit, sed perfecerit; elapsa enim etiam secunda dilatione, omnimodo ad poenam tenetur, nec defensionem rei suscipiendo defungi potest. Sicut nec, si primae vel secundae dilationis tempore susceperit defensionem rei, et deinde a defensione desistat, reumque ipsum exhibere velit; generaliter enim ob susceptam semel. rei defensionem exhibitione eius a poena deinceps liberari nequit. d. L. 26. C. *de fideiuss.* Vid. Voet. *lib.* 48. *tit.* 3. *num.* 15.

ussor reum exhibere, quoties index id desideraverit: Ecquod enim periculum in hac re infinitatis, cum caussam criminalem biennio terminari leges velint? *d. L.* 3. *C. Ut int. cert. temp. crim. caus. term.*

TIT. XV.

DE PROBATIONIBUS

CAPUT I.

Quid, a quo, quo modo probandum.

1. Solutne accusator probet, an et reus?
2. Crimen notorium non indiget probatione, et quod sit notorium?
3. Quomodo probanda crimina.
4. Recta probationis divisio.
5. Reiicitur probatio semiplena.

Probatio est intentionis ligitima fides, quam facit iudici actor, vel reus, vel uterque. Actor probat crimen; reus innocentiam. Ille iuris ordine et necessitate; hic si factum neget, etiamsi nihil praestiterit, accusatore ceterum iure factum non probante, absolvitur (1); sin confitetur factum, defendat, id ipsum probare debet. Probatio enim ei incumbit qui dicit, non qui negat, *L. 2., L. verius est* 21. *D. de probat., L.* 2., *L. frustra* 8., *L.* 9., *L.* 23. *C. de probat., L.* 4. *C. de edend.* Nempe, si simpliciter neget, simplicis enim negationis per rerum naturam nulla probatio est, *L. adversatio* 10. *C. de non num. pec., d. L.* 23. *C. de probat.* (2). At si exceptio-

---

(1) Quaestionem: absolvendus ne inficians a crimine, an ab instantia? late auctor pertractat tum in *tit. de quaest. Cap.* 4., tum in *tit. de sent. cap.* 2.

(2) Verissima haec propositio, simplicet scilicet negationis per rerum naturam nullam esse probationem, quam miror, utrumque Cocceium, nec non ill. Henningium Bohemerum Cocceios sequutum impugnare voluisse. Negativa enim simplex atque indefinita

nem opponat, aut iure factum defendat, exceptionem probare debet, *L.* 9. *C. de except.*, *L.* 5, 12. 17. 18. §. 1., *L.* 19. 22. *D. de probat* (3). Excipiunt nonnulli cri-

---

ex. gr. *non occidi* nullum factum, nullam sive loci, sive temporis, sive aliquam quamvis circumstantiam respicit. Qua ergo ratione probari ipsa potest, cum probatio semper ac indistincte ad aliquod factum referatur? *Quid est negatio?* praeclare cl. Noodt, *Nihil; atqui quod non est, probari, idest monstrari, nulla via potest; contra quod affirmatur in facto ponitur, et ut potest, sic debet probari.* Ast, inquit Bohemerus, negativa haec: *Titius non numeravit pecuniam, non vendidit aedes etc.* omnino probari potest, si ex. gr. actor post chirographum litteras reversales dedisset, quibus confessus esset se non numerasse pecuniam, aut coram testibus liquido fassus esset, se aedes haud vendidisse. Ast pace tanti viri fateri debeo absurdae propositionis demonstrationem plerumque efficere, ut absurdiora proponantur. Quis enim non videt in allato exemplo nunquam indefinitam negativam probari, verum probationem vel ad litteras reversales, vel ad actoris confessionem coram testibus expressam, ac inde ad speciem aliquam facti referri? Regerit autem cum Henrico Coccejo Bohemerus indefinitam negativam probari non posse, non quia negativa sit, sed quia indefinita, ac idem esse de affirmativa, quae, si indefinita sit, probari nequit. Verum non animadvertit cl. JCtus aliud esse quod affirmativa indefinita probari non possit, aliud quod affirmativa indefinite probata iuris effectum producere haud valeat. Posterius verum est, prius apprime falsum. Dicam amplius alicuius facti affirmativam proprie dici non posse, quemadmodum ipsius facti negativa indefinita perspicitur. Hinc in exemplo, quod refert Paulus in L. 25. §. 4. *de probat.* cautio, quae indiscrete loquitur, ideo non liberat actorem ab onore debitum esse ostendendi, quod indefinitam facti affirmativam contineat; respicit enim peculiare factum, et ad peculiarem obligationem rationem habet, sed quod in ea facti specie, ut indebiti exceptio removeatur, necesse sit, causas explanari, pro quibus cautio conscripta fuerit. Nec maiorem vim habent quae laudatus Auctor a testium repetit depositionibus, ut scilicet non sufficiat, quod testes asserant quingenta reum debere, cum et de titulo respondere debeant. Testes enim simpliciter asserentes reum quingenta debere obligationem *in abstracto*, ut inquiunt, consideratam exponunt, nullam vero facti speciem asserunt, ac inde in eorum dictis nulla reperitur probatio, cuius subiectum, ut ita dicam, nonnisi factum aliquod esse potest. Vid, Henric Cocc. *disp. de direct. probat. negat.*, *Cap.* 1. §. 6. *et* 7, Samuel. Cocc. *iur. controv. lib.* 22. *tit.* 3. *Quaest.* 6., Bohem *ius Eccles. Protest. lib.* 2. *tit.* 19. §. 9. Consul. *Cap* 11. X. *de probat. et Cap.* 23. X. *de elect.*, nec non Vinn. *select. quaest. lib* 2 *cap.* 11.

(3) Quae aliquando prima facie videtur negatio, interius spectata, implicitam habet affirmationem: ideoque probari debet quasi pro affirmatione cedet magis, quam pro negatione. Rem conficit Cic. *in partit.* = *Nemo eius, quod negatur factum, rationem aut*

men falsi, in quo, etsi simpliciter neget reus, utrique tamen, et accusatori, et reo probandi onus iniungendum putant, *arg. L. ubi falsi* 22. *C. ad L. Corn. de fals.*, de qua exceptione quid nobis videatur, diximus *ad L. Corn. de fals. cap.* 6.

2 Cum igitur onus probandi accusatori potissimum incumbat, agamus ante de probatione criminis; deinde de probatione innocentiae. Probatur crimen dubium; notorium, ut interpretes loquuntur; non indiget probatione, cum de auctore eius publice constet. Notorium autem crimen secundum eosdem est non solum quod palam et inspectante populo admissum est, sed et quod ex actis, vel instrumentis publicis adparet; quod testibus in iudicio probatum est; quod reus in iure confessus est; de quo iudicatum est. Nec desunt qui putent, etiam famam notorium facere. Verum haec mihi sententia nunquam probari potuit; nam ut a postremo incipiam, qui potest fama notorium facere, cum sit tam ficti pravique tenax, quam nuncia veri? Acta quoque, instrumenta publica, testes, cum ad probandum sint parata, non possunt notorium facere id, cuius probandi causa producuntur. Confessio vero non idcirco relevat ab onere probandi, quod crimen notorium facit; sed quod sua ipsius voce, et indicio reus convincatur. Neque vero illico damnatur qui confessus est, nisi et crimen quod confessus est, adparet, *L.* 1. §. *si quis ultro D. de Quaest.* Notorium autem non potest non adparere, nec confessione rei indiget. Quapropter relinquitur, aut nullum esse crimen vere notorum, aut si quod est, non aliud esse, nisi quod palam et inspectante populo, vel in conspectu iudicis et circumstantis coronae perpetratum est. Nec sufficiet eo modo perpetratum esse, nisi et eodem loco, quo perpetratum est, accusetur, et recens sit eius me-

Gomes. 3. resol. 1. n. 41 Farin. qu. 21. n. 14. et seqq Mascard. concl. 1101. n. 13. et seqq. Menoch. 2. arb. cas. 166. Gail. 1. obs. 16 n. 7. Sich. in l. 24. n. 15. C. de pign. et hyp.

potest, aut debet, aut solet reddere: at cum quis factum fatetur, potest rationem reddere, cur id iure fecit. Crates fatetur se occidisse matrem sed ait se iure fecisse; quoniam patrem meum illa occiderat. Consul. Vian. *op. cit. lib.* 2. *cap.* 12., Noodt. *Comment. ad Dig lib.* 22. *tit* 5.

moria. Nam si iam olim factum sit, aut in alia provincia, caecis testimoniis ad fidem faciendam opus esse videtur, laudata multitudine, civitate, provincia, ut in illo Ciceronis pro *Pomp.*, *Testis est Italia*: *Testis est Sicilia*: *Testis est Callja* etc. Ita qui provinciis praeerant, etsi ita manifesto pecuniarum contra Legem Juliam captarum tenerentur, ut tota provincia quasi una voce quereretur, paucique essent, quibus non aliquid abstulissent; tamen quoniam non aeque id constabat Romae, non aliter condemnari potuere, nisi instructa accusatione, et legittime convictis reis, ut pluribus diximus in *Proleg. cap. ult. in fin.*, quae in praesentem locum non inutiliter possunt transferri (4).

3 Quemadmodum vero crimina probanda, id compendio nos docet *L. ult. C. de probat*, quae vel idoneos testes, vel apertissima documenta, vel indicia indubitata et luce clariora exigit. Tres igitur probationis species sunt; testes, tabulae, et indicia seu argumenta, ac per consequens falluntur Dd. cum tabulis et argumentis probandi vim in caussa criminali esse negant; quem errorem latius confutabimus infra *cap.* V. *et* VI. Nec dubitabimus hic antiquissimae illi, et a rhetoribus quoque traditae divisioni palmam tribuere; qua dixerunt probationem vel artifi-

(4) Ex eo qoud probari oporteat, quod in facto dubio consistit, colligunt Interpretes *notoria non esse probanda*, quod etiam ius canonicum passim confirmat. Vid. prae ceteris *Cap.* 9. X. *de accus.* Abi tamen distinguunt inter notorium *facti permanentis* et *facti transeuntis* ut hoc quidem probandum sit, non illud; Vid. Sperell. *decis. for. eccles.* 132. *n.* 76. Gail. *lib.* 2. *de pac. publ. cap.* 3. *n.* 13. *et seqq.* Quod si negatur notorietas, quidam aiunt, hanc, non ipsam facti veritatem probandam esse: quidam autem hoc tantum referunt ad facta *antiqua*, in *recentioribus* vero ipsum factum probandum esse censent: rursus alii aliter sentiunt Vid. Scaccia *de iudic. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 655. *et seqq.* Ita incertis feruntur procellis. Ast laudatus Bohemerus *loc. cit.* §. 2. recte observavit, principaliter non controverti de eo, utrum factum sit *notorium*, sed an sit *verum*! *Notorietatem* unica propter *facti veritatem* allegari, quae nec *fundamentum intentionis* tangit, nec primaria in lite est. Consul. Mascard. *de probat. concl.* 1103. *n.* 21.

cialem, vel inartificialem esse: haec per testes et tabulas fit; illa per argumenta. Utraque plena ac perfecta est; ineleganterque ab interpretibus traditum, eam quae per argumenta et tabulas fit, minus plenam esse. Quinimo divisio illa probationis in plenam, et semiplenam nullo modo ferenda est: probare enim est fidem iudici facere; non facit autem fidem, qui, ut illi loquuntur, semiplene probat. Suspicione quidem animum iudicis imbuere potest; persuadere nullo modo potest. Verum huic disputationi, quoniam a viris doctis iam pridem explicata est, diutius non immorammur. Persequemur nunc species propositas, ac primum quidem de testibus, tum de tabulis, postremo de argumentis agemus.

CAPUT. II.

De Testibus.

1. *Qui civili iudicio testis esse nequit, is nec criminali.*
2. *Hoc amplius in criminibus reprobantur minores annis XX. publico iudicio reus.*
3. *Qui semel in reum surrexit.*
4. *Socius eiusdem criminis.*
5. *Vasallus adversus patronum.*
6. *Laicus in clericum.*
7. *An mulieres in capitalibus!*
8. *An infames infamia facti!*
9. *An inimicus!*
10. *Consanguinei, adfines, pauperes!*
11. *In quibus criminibus audiendi inidonei?*
12. *Et an eo casu interrogandi per tormenta!*
13. *Quibus invitis non denuntiatur testimonium?*
14. *An volentes surgere possint?*
15. *Notatur vulgatus error.*

De testibus acturi, non omnia attingemus, quae de his dici possunt; sed quoniam multa criminalibus causis cum civilibus communia sunt, idcirco ea duntaxat, quae in criminalibus causis diversa atque distincta habentur, tractabimus. Totus vero tractatus paucis continebitur capitibus; nempe, qui testes esse possint; quis legitimus numerus, et quemadmodum examinandi testes producti. Quantum ad perso- I
nas attinet: recte quidem ita argumentabimus: quicunque testes in causis civilibus esse non possunt,

iis nec in criminalibus testimonii dictio est; at non contra, quicunque in causis civilibus audiuntur, ii etiam in criminalibus audiendi sunt. Graviora enim criminalia iudicia civilibus sunt, ideoque et testium maior delectus adhibendus est. Itaque puberes in causis quidem civilibus testes esse possunt *L.* 3. §, *le-*
2 *ge D. de testib.*, in criminalibus non possunt, nisi expleverint annum vicesimum *L. in testimonium* 20. *D. eod.* Et qui publico iudicio reus est, non in totum privatur testimonii dictione, nisi, aut damnatus, aut in vinculis, custodiave publica sit, *d. L.* 3. §. *lege;* in criminalibus tamen non auditur reus, etiamsi neque damnatus, neque in vinculis custodiave publica sit, *d. L.* 20. Adhaec in civilibus non prohibetur idem testis in eundem reum saepius surgere; at in criminalibus, qui semel in aliquem reum testimonium
3 dixit, surgere iterum in eundem nequit. Ita accipimus
Mayn. q dec. 83. *L. produci* 23. *D. eod.*, eamque restringendam ad causas criminales, et inscriptio innuit (1), et ratio adstipulatur; fieri enim non potest, quin qui saepius in eundem surgit, inimicus adpareat, videaturque vitam eius et sanguinem sitire. Sed nec hominis esse videtur, periculum capitis eidem facessere saepius: fuit igitur restringenda illa dicendi in reos criminum libido. At si in civili causa iterum in eundem surgas: non propterea vitae, et fortunis eius insidiari videberis. Scio aliter nonnullos eum locum accipere; nempe, eum, in quem ego iam ante testimonium dixi, non posse alio iudicio in me vicissim surgere, ob id quod vindictae magis privatae, quam publicae causa surgere videatur. Verum ea sententia, quanquam ab aequitate aliena non est, verbis tamen *d. L.* 23. parum quadrat. Praeterea socius in causa socii et re communi, non simpliciter prohibetur esse testis; sed ita, si eodem uterque utatur defensionis genere *L.* 1. *C. de com. rer. alien.*, *L. si qui separatim* 10. §. *ult. D. de appellat.* In communi tamen cri-

(1) Est enim descripta ex lib. 1. Venuleii de publicis iudiciis.

mine simpliciter repellitur consors et particeps eiusdem criminis, est enim suspicio, aut omnino elisurum crimen, aut derivaturum esse in socium solum, *L. quoniam* 11. *C. de testib.*, *L. ult. C. de accusat.* Ac licet sint, qui excipiunt crimen haereseos, maiestatis falsae monetae, mathematicae, sodomiae, furti famosi, et generaliter ea crimina, quae sine sociis non possunt facile admitti, *arg. c. in fidei favorem de haeret. in* 6., *c. confes.*, *L.* 1. *C. de fals. mon.*, *L.* 1. *C. de malef. et mathem.*, *L. provinciarum* 10. *C. de fer.* eorum tamen sententiam minime probo. Interrogantur quidem rei nonnumquam de consciis in eculeo; verum eorum responsio non vim testimonii habet, sed illud duntaxat operatur, ut in nominatum amplius inquiri possit. Idcirco omnes fatentur, nominatum a reo, damnandum non esse; at de eo solo controvertunt, an nominatio rei sit indicium sufficiens ad torquendum nominatum, ut videre licet *infr. Tit. de Quaestionibus*. Aliud exemplum 5
reperitur in iure Longobardico feudorum; quo iure vassallus in causis criminalibus adversus dominum testimonium dicere prohibetur; in causis civilibus non prohibetur. Ita aperte distinguit §. *In quibus etiam causis tit. de consuet. rect. feud.*, ut mirer alios, argumento a liberto ad vassallum ducto (quod perpetuum non est) scripsisse, neque in civili, neque in criminali causa vassallum domino, vel in dominum testimonium perhibere posse. Aliud exemplum ius canonicum suppeditat, dum laicos vetat in causis criminalibus testimonium dicere in clericos, *c. de cetero de testib.* Causam prohibitionis assignant eius 6
iuris interpretes duplicem; partim reverentiam clericis debitam; partim odium, quo eos persequi laici solent. Dignae sane ista constitutione rationes! nec possum quin exclamen: O curve mentes nullae ergo reverentia debetur, laicis a clericis? aut pectora clericorum ita ab omni labe immunia sunt, ut odium invidiamque non capiant? Servabitis ergo laici uxores vestras; nam post temeratam pudicitiam frustra Legem Juliam implorabitis. Etiamsi in adulterio cleri-

Gomes. 5. resol. 12. n. 16 Decis. 7. cap. 24. n. 7.

Clar. §. fin. q. 24. n. 10. Farin. quaest. 61. n 88.

eum deprehenderitis, non tamen in deprehensum testimonii dictio erit (2). Plures etiam differentias apud interpretes reperire licet; quae quoniam legibus consentaneae non sunt, paucis a nobis perstringentur.

Aiunt nonnulli mulieres in causis capitalibus non
7 posse esse testes; in iis, quae capitales non sunt, admitti. Horum sententia aperte legibus adversatur. Quippe, prohibentur mulieres specialiter in testamentis esse testes, *L. qui testamento* 20. §. *mulier D. qui testam fac pos.*, in aliis ergo causis, quamlibet graves sint, testes esse possunt. Adhaec nominatim excipitur mulier, quae corpore quaestum palam fecit, quaeque adulterii condemnata est, *d. L.* 3. §. *lege*, *L. ex eo* 18. *D. de testib.*, reliquae ergo in iudiciis, etiam publicis et capitalibus audiuntur, nam Lex Julia de vi, quae mulierem quaestum facientem, et adulterii damnatum nominatim excipit, publicorum iudiciorum fuit; id est, de publico, et capitali quidem crimine loquuta est.

Vide Gonz. c. 3. resol. 12. n. 15. Farin qu. 59. n. 21.

Aiunt infames infamia facti repellendos a testimo-
8 nii dictione in causis criminalibus et arduis; licet non repellantur in causiis civilibus, et levioribus, *L.* 2. 3. 13. 21. §. *si ea rei D. de testib.*, *L.* 2. *D. de senat.*, *L.* 6. §. 1. *D. ad L. Jul. repet.*, *Nov.* 90. Verum parum ad rem ea loca faciunt; nam aut de infamibus iure loquuntur, ut *d. L.* 13. *et d. L.* 21., aut hoc solum volunt, macula aliqua adspersis non tantam habendam fidem, quanta habetur integris vitae et scelerum puris. Hoc autem posterius, non iudiciorum criminalium proprium; sed utrisque iudiciis, tam civilibus, quam crimilalibus commune est. Nec

Farin. qu. 56. n. 110. et 115. Constat. in l. 21. D. de Senat. Clar. d. quaest. 24. n. 18.

(2 Vetus et novum ius canonicum minime repellit laicos a testimonii dictione in clericos, ut possint impune delinquere; nam coercentur quidem, si de crimine constiterit, per testimonia clericorum, et his deficientibus, per testimonia laicorum; imo si agatur de crimine atroci, vel notorio, admittuntur adversus clericos sine discrimine testes sive clerici, sive laici. Vid. Gonzales ad cit. *Cap.*

firmiter arguunt, qui ex *d. L. ult. C. de probat.* ita arguunt; in publicis iudiciis opus est apertissimis probationibus; ergo ii, quorum existimatio laborat apud bonos viros, in publicis iudiciis non sunt audiendi, quoniam non faciunt indubitatam fidem. Non enim idcirco in totum repellendi sunt; sed quia minus fidei eis tribuitur, idcirco maior quoque numerus exigitur. Ut enim Callistratus scribit in *d. L.* 3. §. *eiusdem D. de testib., Alias numeros testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consenties fama, confirmat rei, de qua quaeritur, fidem*. Numerus testium fidem facit, cum viliores sunt, at cum in dignitate constituiti, duo sufficient; pluralis enim eloqnutio duorum numero contenta est, *L. ubi numesus* 12. *D. de testib.* (3).

Aiunt, ob inimicitias non repelli testem in causis civilibus, nisi capitales sint; in criminalibus repelli, etsi capitales non sint. Hi sane pessime; leges enim inter causas civiles et criminales non distinguunt, *L.* 3. *D. de testib.*, *L. si quis testibus* 17. *C. eod.* Inter inimicitias tamen capitales, et nec capitales hanc duntaxat agnoscimus differentiam ex *Nov.* 90. *cap.* 7., quod ob capitales statim repellatur testis; ob nec capitales audiatur quidem, sed ita, ut ubi ad disputationem ventum fuerit, adversus testem de inimicitiis excipiatur. Quare cautius mihi loquuti videntur, qui hanc iudicis aestimationem esse contendunt, ut is aestimet, quae inimicitiae ad repellendum testem sufficiant (4).

9
Adr. Farin. q. 53 n. 15. Clar. d. qu. 14. n. 5.

(3) Infames sive facto, sive iure absolute a testimonii dictione non prohibentur, quemadmodum observavit cl. Ulricus Huberus in praelec. ad *Dig. Tit. de test. num.* 13., horum ergo testimonium non omnino inutile est: sed iudicis officio permittitur aestimatio, an et quatenus illis habenda sit fides Vid. L. 3. et 15. D. h. t.

(4) Amicitia quoque testimonium suspectum reddere solet = *vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat. Nam si carent suspicione testimonium, vel propter personam, a qua fertur, quod honesta sit; vel propter causam, quod neque lucri, neque inimicitiae causa fit; admittendus est.* Ita Callistratus JCtus in *c. t.* L. 3. *pr.* h. t. Ad inimici-

10 Aiunt, consanguineos, et adfines actoris audiri quidem in caussis civilibus, non tamen plenam fidem facere; in caussis vero criminalibus ne audiendos quidem esse. Idem affirmant de pauperibus et vilioris conditionis hominibus: sed perquam imperite, ac pene iniuriose. Nam quod ad consanguineos, et adfines attinet, constat iis qui intra sextum gradum constituti sunt, invitis non posse denuntiari testimonium, *L. 4. et 5. D. de testib.* (5), necesse est igitur volentes testimonii dictionem habere (6). Idque cum Lege Julia cautum sit, adparet, tam in criminalibus, quam civilibus iudiciis obtinere. Neque hic Duarenus audiendus, qui domesticos testes esse scripsit omnes, qui sunt eiusdem gentis, familiae, adgnationis; cum aperte leges domesticum testimonium non iure cognationis, sed iure potestatis et domo aestiment, *L. idonei 6.*, *L. testes 24. D. de testib.*, *L. qui testamento 20. §. 1. D. Quis test. fac. poss.*, *L. 1. §. ad quaestionem. D. de quaest.* (7). Quantum ad pauperes et vi-

Farin. qu. 54. n. 5. et 50. et qu 57. n. 16. et seqq Morn in l 5. D. de test.

Duar. 1 disp anniv. 28. Morn. in l. ult. C. de h. qui ad eccl.

---

tiam proprie quod attinet ex *cit. Nov.* 90. *cap.* 7. animadverto. eam, si capitalis sit, ut ad criminis accusatione usque procedat, donec de crimine iudicetur; abscisse prohibere testem. alioquin inimicitia caussam refutandi duntaxat praebet. Vid. Cuiac. *ibi*. Refert quoque Thuanus *lib.* 51. olim in Britannia consuetudine receptum, ut Angli in Scotum, et Scoti in Anglum testimonium non valeret propter odium inter istas Nationes.

(5) In adfinitate ex *cit. legib.* prohibitio ad vitricum tantum et privignum ad socerum et generum porrigitur, ita tamen, ut generi appellatione sponsus quoque filiae, et soceri pater sponsae contineatur, *cit.* L 5. h. t.

(6) Verum *parentes et liberi*, inquiunt Impp. Diocletianus et Maximianus in L 6. C. h. t., *invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*. Addit rationem Paulus in *lib* v. *sent. t.* 15. §. 3. = *quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit*.

(7) Quaestionem hanc egregie explanat Paulus in L. 24. h. t *Testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non placuit*. De domo autem producuntur omnes. qui sub patrisfamilias imperio sunt, quibus imperari potest ut testes fiant, ut inquit L. 6. D. h. t. Existimarem tamen in expendenda vi probationis, quae fit per testes, patriam potestatem natura, potius, quam iure civili aestimari adeout fratres quoque emancipati, si in eadem domo contineantur, veluti domestici testes haberi debeant. Sed aedibus separati fratres, atque sorores, domestici esse desinunt:

lioris conditionis homines, his iniuria pene fit, cum in criminalibus causis simpliciter repelluntur; in civilibus fides eorum elevatur. Leges aliter loquuntur, ac nulla causarum distinctione adhibita, iudici duntaxat praecipiunt, ut diligenter exploret fidem et conditionem testium; utrum decurio, an plebeius; locuples, an egens sit, qui producitur, *L. 3. pr. D. de testib.* Non ut illos duntaxat admittat, hos repellat; sed ut adpareat, an eiusmodi sint, qui lucri caussa videantur id facinus quodvis promti, ac proclives. Suspectos vero non paupertas, sed egestas facit; pauperes unde vivant habent; egeni nihil habent. Illos non tenuitas, sed mores suspectos faciunt; hos etiam sola mendicitas suspectos facere potest. Quam rationem sequuti JCti de tutore quoque responderunt, pauperem, si sit fidelis et diligens, non esse removendum a tutela., *L. suspectum* 8. *D. de susp. tut.* Sapientes quoque honestam paupertatem divitiis inhoneste partis longe praeferunt. Quinimo paupertatem non in angustiis rei familiaris, sed in adquirendi insatiabili cupiditate consistere verissime Plato scripsit. Plato 5. de legib. Ac licet Imper. Justinianus opifices, et valde obscuros vilesque homines reiicere videatur, *Nov.* 90. *cap.* 1., tamen nec ubivis, nec omnes opifices reiici praecipit. In Urbe enim Constantinopolitana, ubi maxima erat honestorum virorum copia, vetat audiri opifices; non omnes, sed *epidiphrius*, et *camerpeis*: quibus verbis vilissimi quique et sordidissimi designantur, planeque, quod verba sonant, humi repentes. At in municipiis, in quibus praeter paucos decuriones,

---

amicitiae causa suspectum, non prohibitum est eorum testimonium, ut communiorem esse sententiam tradit Costal ad L. 4. D. h. Vid. Sichard. ad L. 6 C. h. t., Dusren. l. c. Ulric. Hub. *op. cit.* ad h. t. *num.* 10 Verum Leopoldus in suo pro Hetruria crimin. Cod. iuris civilis praescriptiones in consanguineorum vel adfinium testimonio ita est moderatus, ut tantum illud parenti adversus filium, fratri adversus sororem, marito adversum uxorem, et vicissim prohibuerit, nec licitum sit, quamvis de gravi agatur crimine *dispensationem* ut inquiunt a suprema petere potestate. Vid. *art.* 38.

reliqua turba fere ex opicibus constat, quos tandem testes reperturi sumus, si opifices nullo modo audiendi sunt? Quam autem indignum iis qui artibus suis vitam hominum instruunt, quosque propterea Palladi et Vulcano sacros vetustas credidit, in universum denegare testimonii dictionem? Quapropter et huic, et si quae aliae eiusmodi farinae distinctiones reperiuntur, recte opponemus vulgatum illud: *Erubescimus sine lege loqui*.

Plat lib. 11. de legib.

11 Diximus de his, qui testimonii dictionem non habent; videndum nunc an sint aliqua crimina, in quibus hi audiri possint, et si audiantur, an sine tormentis fides habenda sit. Quod ad priorem quaestionem attinet eam communis schola ita decidit: In gravissimis criminibus, seu exceptis, ut cum vulgo loquar, qualia sunt maiestatis, latrocinium, simonia, haeresis etc. audiendos esse. Item in illis, in quibus probationum inopia laboratur, propterea quod clam, et remotis arbitris perpetrari soleant. Excipiunt inimicum, quem neque in his, neque in illis audiendum censet. Haec doctrina usque adeo displicuit Aemilio Ferreto, ut non dubitet communem opinionem vocare communem errorem. Nobis vero non omnino damnanda videtur; nam et de servo responsum est, eius dicto credendum esse in atrocioribus, si aliae probationes deficiant, *L. servi 7. de testib.* (8), *L.*

Spec. tit. de testib §. qaliter n. 18. Gomes. d. c 12 n. 21. Farin. qu. 61 n. 18. et seqq. et qu. 53. n. 5. Clar. d. qu. 24. n. 19. Ferret. in l 3. § lege in 4. D. de testib Morin in l. 2 D. eod.

(8) Non solum in atrocioribus, uti putat Auctor, sed indistincte ait Modestinus in *cit.* L. 7. servi responso tunc esse credendum, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est. Postrema Legis verba ita interpretatur acutissimi ingenii vir Noodtius, ut inopia probationis sit, ubi tanta utrimque probationum copia, ut noceat, ac turbet: adeo ubi par causa, ac ratio; neque valde in alteram inclinent partem. Quae opinio iam suboluerat cl. Duareno *lib 2. disput.* c. 33. et post eum Hugoni Donello in *comment.* ad L. 31. D. de *iureiurand.* Verum Noodtii interpretatio, quamvis consona videatur iuris romani systemati, quo servus per tormenta interrogabatur, atque ad tormenta servorum ita demum veniri oportebat, cum suspectus est reus, et alii argumentis adeo probationi admovetur, ut sola servorum confessio deesse videatur, non est tamen indistincte attendenda si ad solidioris iurisprudentiae principia ratio haberi velit. Sapienter enim monet Auctor, ita

consensu 8. §. *servis C. de repud.*, *L. quoties* 12., *et L. seq. C. de Quaest.*, *L. edictum* 8. *seqq. D. eod.*, et interdum ea dicitur esse rei conditio, ut arenarium testem vel similem admittere cogamur, *L. ob. carmen* 21. §. *si ea rei D. de testib.* Cur ergo eodem casu non reliquos quoque audiamus, quibus testimonii dictio-

---

diligentes in probandis testibus reiicendisve esse debere, ut ne probationis facultas praecidatur. Quod equidem non effugit mentem laudati Imp. Leopoldi qui in *cit. art.* in homicidiis, aliisque gravibus noxis ex proposito intra domesticos parietes perpetratis veluti testes interragandos iubet eos, quos in *eod. art.* testimonii dictione prohibuerat, modo laboretur difficultate probationis. Hac autem in quaestione libenti animo subscribo sententiae ill. Filangieri, quae babetur in nota (1) sub *cap* 15. *lib.* 3. *par.* 2. egregii operis = *La scienza della legislazione*. cuius verba non possum quin adscribam: *Le romane leggi vollero troppo individuare tutte le eccezioni, che possono addursi contro l'idoneità di un testimonio, e questo produsse due gravi disordini. In alcuni casi le eccezioni della legge non bastavano, in altri erano eccessive .... Le leggi debbon essere, quanto più si può, generali, a misura ch'esse particolarizzano più, esprimono meno ...... L' impossibilità di dimostrare il fatto colle prove legali ha dato origine all' abuso di condannare alla pena arbitraria il reo, che non ha potuto essere legalmente convinto; e quelle stesse leggi, che cercarono di restringere l' arbitrio del giudice, glie lo hanno esorbitantemente aumentato. Il minimo de' mali è quello, che dee sempre cercare il legislatore ed il politico. I grandi mali e gli abusi più grandi non derivano per lo più, che dallo spirito di perfezione. In quanti casi il ricercato sistema sull' idoneità de' testimnonii renderebbe impossibile la prova di un delitto p. e. commesso nelle carceri, non può avere testimonii, che coloro, che sono sub iudice. Un delitto commesso nelle galere, o nei lupanari non può avere per testimonii, che i servi della pena, o le prostitute. Un delitto commesso da un mendicante non può ordinariamente avere per testimonii che altri mendicanti. Gli uomini che sono sub iudice, li servi della pena, le prostitute, li mendicanti ec. dovranno dunque essere esclusi dal far testimonianza, del delitto alla loro presenza commesso? Se l' accusatore può dimostrare, che questi non hanno alcun interesse di alterare o tradire il vero, per qual ragione non potrebbero far essi una prova legale!* Quid plura? Hanc magni equidem momenti veritatem ipsi demum romani legumlatores videntur agnovisse. Ecce enim D. Hadrianus Vivio Varo Legato Ciliciae ita rescripsit; *Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus: qui et cuius dignitatis, et cuius aestimationis sint: et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum, eundemque meditatum sermonem attulerint; an ad ea, quae interrogaveras, ex tempore verisimilia responderint*. L. 3. § 1 D. h.t. Consul. meas *observ.* ad *laud.* Leopold. Cod in *cit. art.* 28.

ne interdicitur; veluti libertos, domesticos, infames paganos, haereticos, Judaeos, surdos, mutos, prodigos? Ita enim diligentes in probandis testibus reiiciendisve esse debemus, ut ne probationis facultas praecidatur, *arg. L. pen. in fin. C. de haeret.* Temperanda temen ex LL. allegatis communis doctrina videtur, ut non sufficiat vel atrox crimen esse, vel occultum, nisi etiam laboretur difficultate probationis. Ceterum si aliis argumentis fides iudici fieri possit, cur recurramus ad testes non idoneos?

12 Quantum ad posteriorem quaestionem attinet, alia est servorum, infamium, et vilissimarum personarum ratio; alia domesticorum, surdorum, mutorum etc. Illis sine tormentis non creditur, *d. L.* 21. §. *si ea rei D. de testib., d. L.* 3. §. *servis C. de quaest., d. Nov.* 90. *cap.* 1. *in fin.*: hi non torquentur, nisi ob testimonium vacillans, *L. ex libero* 15. *pr., L., unius* 18. §. *testes* 3. *D. de Quaest.* Excipitur crimen maiestatis, in quo ne testem quidem a tormentis, si ita facto opus sit, dignitas tuetur, *L. de minore* 10. §. 1. *D. eod., L.* 4. *C. ad L. Jul. maiest.* Non ausim etiam excipere crimen falsi, crimen mathematices: quae enim adducuntur a quibusdam leges, non de teste, sed reo loquuntur, *L. si quis decurio* 21. *C. ad L. Corn. de fals., L. etsi* 7. *C. de malef. et mathem.* Ne apostasiam quidem, simoniam, haeresin Manichaeorum et Donatistarum exceperim, tametsi enim crimini maiestatis laesae comparentur, *L.* 4. *C. de apost., L.* 4. *C. haeret., L. si quenquam* 31. *C. de episc. et cler.*, tamen quoniam hac parte nominatim non comparantur, strictius eae constitutiones accipiendae sunt, nec quod durius, ac pene contra rationem iuris sancitum, ad consequentias temere producendum est, *L. praecipimus* 32. *in fin. C. de appel., L. quod vero* 14, *D. legib.*

13 Postremo videndum de illis, qui testimonii quidem dictionem habent, sed quibus invitis denunciari nequit. *Lege enim Julia cavetur, ne invito denuncietur testimonium adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sponsum, sobrinum, sobrinove natum,*

eosve qui priore gradu sunt. Item ne liberto ipsius, liberorum eius, parentum, viri, uxoris. Et ut ne patrono adversus libertum, L. 4. et 5. D. de testib. De hoc capite Legis Juliae dubitari potest, sitne accipiendum de iudiciis duntaxat criminalibus; an et civilibus. Auctores enim *basilicôn* videtur ad criminia restrinxisse, ut colligitur ex *Eclog. basil. Lib.* 21. *tit.* 1. *vers. invitus nemo testis est, in accusatorio iudicio etc.* Eorumque sententia adiuvatur hoc argumento quod eo tempore, quo Lex Julia lata est, in civilibus causis voluntarii testes essent; in criminalibus duntaxat testimonium denuntiaretur invitis. Idque et post Legem Quintil. 5
Juliam latam diu obtinuisse, ex Quintiliano discimus. Inst. orat. 7
Quanquam, quid Quintilianum nomino? primus Justinianus sanxisse videtur, ut tam in pecuniariis, quam in criminalibus causis testes inviti cogerentur, quippe qui id ipse sibi adscribat *const.* 16. *et pen. C. de testib.* Cum igitur tempore Legis Juliae in pecuniariis causis invitis testimonium denuntiari non potuerit, qui potest hoc caput Legis Juliae ad causas pecuniarias extendi? Verum his non obstantibus, recte Accursium ad *L.* 4. *verb. denuntietur D. de testib.* adnotasse iudico, caput hoc Legis Juliae tam ad pecuniarias, quam criminales causas pertinere (9), Tametsi enim eo tempore, quo Lex lata est, inviti in pecuniariis caussis non potuerint cogi ad testimonium dicendum; tamen postquam Justinianus in utrisque causis cogi voluit, recte caput Legis ad pecuniarias extendimus. Quinimo, ipse Justinianus disertis verbis *d. const.* 16. hoc declarat: velle quidem se, etiam in pecuniariis causis ununquemque cogi ad testimonum dicendum; exceptis tamen his personis, quae legibus cogi vetantur (10). Quae sunt illae personae,

(9) De solis publicis iudiciis id cavisse legem Juliam testatur Paulus in *cit. L.* 4. *pr.* his verbis *lege Julia iudiciorum publicorum cavetur etc.* Sed praeter legem Juliam idem cavisse alias publicas leges, singulas in propria quaestione luculenter patet ex L. 5. et 13. D. h. t.

(10) Personis exceptis addendi sunt viri illustres, et qui supra

nisi quae enumerantur praesenti capite Legis Juliae? Praecidit igitur Imperator omnem ulteriorem dubi-
14 tandi ansam. Ceterum, cum invitae personae enumeratae non cogantur testimonium dicere, illud palam est, audiri et admitti volentes Libertis tamen in patronos, vel pro patronis posteriores constitutiones omnem testimonii dicendi facultatem ademerunt ut adparet ex *L. libertorum* 12. *C. de testib.*, *L.* 1. §. 9. *L.* 10. §. *nec debet D. de Quaest.* *L. pridem* 6.
Gomes. dict. cap. 12 n. 14. *L. eod.* Quas constitutiones, sunt qui latius extendunt ad eas personas, quibus reverentia debetur, cuius generis est socer et vitricus. Verum non facile id
15 Farin. quaest. 77. n. 118. Conf. Plin. 5. epist. 10. et 6. epist. 5. persuaserint, in primis quantum ad vitricum, adversus quem cum privigno famosa actio detur, *L. de his* 11. *C. de furt.*, adparet, non tantum vitrico deberi reverentiam, quanta debetur patrono. Atque haec de testibus in utrisque causis ad testimonium dicendum cogendis legibus cum nominatim expressa sint, adparet quantopere vulgus hallucinetur, existimans, in civilibus quidem causis testes cogendos; in criminalibus cogendos non esse, si testimonii dictio ipsis periculum creatura sit.

---

illustres sunt, d. 16. C. h. t. Supra illustres videntur esse Patricii, quos Justinianus Patres Imperatoris appellat in *L. alt. C. de consul.*

CAPUT III.

De Numero Testium.

1. *Unus testis non audiendus: nec valet contrarium statutum, aut rescriptum*
2. *Quid si Caesar, vel Papa sit?*
3. *An in causis summariis audiendus?*
4. *An in criminibus occultis?*
5. *An ex conventione litigantium?*
6. *Regulariter duo sufficiunt.*
7. *Etiam contra Papam, vel Cardinalem.*
8. *Quando plures requirantur?*
9. *Intra quem numerum consistere iudex debeat?*

Quantum ad numerum testium attinet, unus etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat, audiendus 1
non est, *L. iurisiurandi* 9. §. 1. *C. de. testib.*, *L. maritus* 20. *D. de quaest.* Haec definitio in quacunque causa locum habet, ut in *ead. L.* 9. rescriptum. Et sane cum habeat locum in causis civilibus, in quibus de re duntaxat pecuniaria agitur; vel maxime in criminalibus locum habere debet, in quibus de fama, fortunis, vita rei cernitur. Nec mere civilis ea definitio est, sed et aequitate naturali constat, et auctoritate sacrarum legum munitur, *Deut.* 17. *v.* 6. *et cap.* 19. *v.* 15. Unde sequitur, ne Principis quidem constitutione, qui legibus duntaxat civilibus, non divinis solutus est, effici posse, ut uni fides habeatur; tantum abest, ut statuto id fieri possit; videnturque operam in scribendo abusi, qui contra hiscere ausi sunt. Ac licet fuerunt, qui virum nobilem et perspectae virtutis excipiendum putarent, eorum tamen sententia nullo modo probanda; longeque rectius ab aliis responsum, ne Xenocrati quidem, Aristidi, Phocioni, Catoni, aut si quis alius integritatis laude celebratior est, credendum esse. Imo ne Imperatori quidem, aut Pontifici Romano, quanquam luminaribus magnis comparantur. Quo enim magis eminent, eo minus sibi licere putent; dignumque maiestate regnantis, legibus subiicere principatum. Itaque valde laudanda viri excellentissimi Q. Scaevo-

Vid. Farin. q. 63. n. 8. et 9 Gail 2. obs. 66 n. 11.

2 Mornac. in L. 2. de testib.

lae modestia, qui testis in reum productus, cum id respondisset, quod salutem periclitantis magnopere laesurum videbatur, discedens adiecit; ita sibi credi oportere, si et alii idem adseverassent; quoniam unius testimonio credere, res esset pessimi exempli Attamen uno teste C. Scantinum Capitolinum Tr. pl. damnatum legimus, cum diem ei dixisset M. Claudius Marcellus, quod filium Marcelli de stupro appellasset, ut est apud Valerium. Verum praeterquam quod legibus non exemplis iudicandum est, etiam argumenta cum teste concurrisse videntur, nam et reus non tam innocentia, quam potestate se tuebatur, asseverans, se qui sacrosanctam potestatem haberet, non cogi adesse; et iuvenis in rostra productus, cum defixo in terram vultu perseveranter tacuisse, verecundo silentio plurimum in ultionem suam valuit (1).

c Valer. lib. 4. cap. 1.

Sed cum in *ead. L.* 9. Costantinus praecipiat, *ut unius testimonium nemo iudicum in quocunque causa facile patiatur admitti*: videndum an aliud *facile*, idcirco ab eo sit adiectum, quod aliquando unius
3 testimonio stari possit? Ita sane interpretibus videtur qui excipiunt causas modicas et summarias; in quibus, quoniam de re non magni preiudicii agitur, unicum testem sufficere putant. Hanc exceptionem in causis civilibus forte quis admiserit; in criminalibus qui admitti possit, non video. Quippe civiles quaedam ita sunt comparatae, ut iudex non plenam sed summariam adhibeat cognitionem, et re aliqua a petitore allata, quae vel leviter pro eo facit, ei concedat quod petit

Valer. lib. 6. cap. 1. Fariu d qu. 63. n. 30. Masc. d. prob. in praef q. 11. n. 19.

(1) Etiam mosaico iure reperitur, ne unius testimonium ad causae cuiuslibet decisionem valeat, non solum quia unus facilius decipi, corrumpi, aut mentiri potest. quam plures, et quia ut Plinius loquitur H N. *lib*. 8. c 28 *nullum tam impudens mendacium est, ut teste careat*, sed etiam quia a cordato iudice mendacia testium deprehendi possunt, si diversi interrogantur. Vid. *Numer. Cap.* 35. *vers.* 30., *Deuter. Cap.* 17. *vers.* 6. *Cap.* 19. *vers.* 16. Observat tamen Grotius ad *loc.* postremo *cit.* unum testem suffecisse non ad damnandum, sed ad inquirendum: et in pecuniariis causis ad deferendum reo iuramentum purgatorium.

interim contemto eo, quod contra adfertur a reo, si obscuriorem habeat quaestionem, *C.* 3. *D. de Carbon. ed, C. a Divo* 15. §. *si reorum D. de re iudic., L.* 3. §. 1. *D. Ut in poss. legat., L. un. C. si de mom. poss. fuer. appel. L.* 8. *C. und. vi.* At crimina eiusmodi nulla sunt, nec si quid accusator adferat, quod vel leviter pro eo facit; illico reus condemnandus erit. Levia quidem crimina de plano discutiuntur, ut Ulpianus respondit in *L. levia* 6. *D. de accusat.* Verum planum istud, non probationes legitimas, sed observationem duntaxat solemnium excludit. Ceterum absurdissimum foret, uno teste ab accusatore producto, reum illico vel fustibus castigari, vel flagellis caedi. Sic et cum Magistratus ex officio in reum inquirit, observatio solemnium necessaria non est, *L. ea quidem* 7. *C. de accusat.* (2); nec tamen inde consequitur, vel leviter probato crimine, reum ab eodem damnari posse. Nemo enim ex suspicione damnandus, seu gravioris, seu levioris criminis reus sit satiusque vel nocentem absolvi, quam innocentem condemnari, *L.* 5. *D. de poen.* At unicus testis suspicionem duntaxat facit, non fidem. Quare proposita exceptio nequaquam ad crimina porrigenda est (3).

Excipiunt praeterea interpretes eum casum, quo impossibile, aut difficile saltem est plures producere 4
testes. Quae exceptio si vera foret, aut ad crimina pertineret, sane perquam commoda foret, ad defenden-

Masc. d. qu. 11. n. 18. Farin. d. q. 63. n. 38.

---

(2) Non de observatione solemnium remittenda, cum iudex ex officio in crimen inquirit, agitur in *cit.* L. 7., se de solemnibus accusationis, i. e. inscriptionibus in crimen, remittendis militi stationario, cum crimen ex officio Praesidi denunciat.

(3) Egregiam *cit.* L. 9. h. t. interpretationem exhibet cl. Jacob. Gothofr. in *comment.* ad *Cod. Theod. lib.* 11. *tit.* 39. L. 3., quae omnino videnda. Iuvat interim animadvertere, Constantinum ob ae verba *non audiatur* non tantum uni testi fidem adhiberi nolle, sed ne a principio quidem eius testimonium audiri. Haec autem laud. Imp sanctio non adeo conformis esse videtur rationi illi qua in crimina eorumque auctores per inquisitionem solet procedi. Aliud enim est, quod ex unius testimonio plena probatio ad damnandum haud oriatur, aliud, quod unus testis audiri non debeat, et quandoque sufficere ad inquirendum.

dum iudicium in Scantinium factum. Crimen enim eidem obiectum eiusmodi fuit, ut admodum difficile fuerit id per testes probare, cum remotis testibus et arbitris latebras quaerat, quisquis stupri illecebram quaerit. Verum neque exceptionem veram puto, neque ut vera sit, ad crimina porrigendam censeo. Nam, ut modo dictum, ex suspicione nemo damnandus; testio autem unicus suspicionem, non fidem facit. Indulgetur quidem aliquid accusatori, in probandis delictis occultis, nempe ut testes non idoneos producere possit, non etiam ut uno teste reum convincere. Itaque si cum uno illo teste nulla concurrant argumenta, nequaquam audiendus erit, sed cum Paulo dicendum in *L. duo* 30. *D, de testam. tut*, *Non ius deficit, sed probatio.* At si argumenta alia concurrant, audiendus; non enim necesse est unum crimen, uno et eodem probationis genere ostendi, veluti, testibus tantum, vel tabulis, vel argumentis; possunt et diversa genera ita coniungi, ut quae singula non nocerent, ea universa tanquam grando reum opprimant, *L.* 3. §. *eiusdem D. de testib.* Hoc est, quod aliis verbis dicitur, plures probationes imperfectas posse coniungi. De quo axiomate acturi sumus infra *cap.* VI.

5 Postremo excipiunt nonnulli eum casum, quo inter accusatorem et reum convenit, ut unius et certi quidem hominis testimonio stetur. Quam exceptionem firmant per *c. tuis de testib.* (4). Valet conventio, ut fides habeatur iniurato: Ergo et uni. Adduci etiam poterat illud ex *L. si convenerit* 26. *D. de re iudic.* Convenire potest inter litigatores, quemadmodum iudex pronuntiet: Ergo et istud, ut uni testi habeatur fides. Verum haec quoque exceptio ad causas civiles

Farin. d.qu. 65. n. 18. Covar. 2. resol. 13. n. 1.

(4) Mens Innocentii in *cit. cap.* est, ut monachi de suis fratribus ac conversis testes in causis propriis producere non valeant absque iuramenti praestatione, videlicet asserendo se non habere alios testes: et ita, ut probationis copia detur, producere monacos seu conversos, nisi ab adversario hoc iuramentum remittatur, ipseque sponte admittat testes ex ipso monasterio. Vid. Gonzal. ad *d. cap.*

restringenda est, non ad crimina porrigenda; aut si ad crimina porrigas, dictinctio adhibenda erit inter ea, quorum poena mors est, aut corporis cruciatus: et illa quae aere, vel exilio vindicautur. Si poena mors sit, vel corporis cruciatus; non potest valere conventio; quoniam de vita non licet singulis statuere quod libet, cum nemo sit dominus membrorum suorum; At si poena pecuniaria sit, vel exilium, valebit; quoniam quisque fortunarum suarum moderator est, et arbitrer, *L. liber homo* 13. *D. ad L. Aquil.*, *L. ult. D. de dei. vel effus.*, *L. in re mandata* 21. *C. mand.* Haec eadem et causa, cur nomine eius qui pecuniario iudicio victus est, alius appellare non possit: nomine eius, qui supplicium ducitur, possit quivis, etiam illo reclamante, non enim licet volenti perire, *L. non tantum* 6. *D. de appel.*, *L. addictos* 29. *C. eod*, *L.* 23. §. *excipitur et ille D. de aedil. ed.* Eadem de causa interpretes tradiderunt non valere pactionem, qua reus capitalis criminis appellationi renuntiat: nam si renuntiatio valeret, possent facile vel sontes absolvi, vel innocentes condemnari. At nec insontes condemnandi sunt, nec sontes absolvendi temere, ne maleficia maneant impunita, *L.* 5. D. *de poen.*, *L. ita vulneratus* 51. *D. ad L. Aquil.* Eadem prorsus est ratio istarum pactionum, ut credatur uni, ut credatur iniuratis; quam facile enim a pluribs iniuratis, ab uno iurato aut innocens opprimi, aut nocens legitimae poenae subtrahi posset! Igitur cum unus testis ad fidem faciendam non sufficiat, videndum quot sint necessarii: in *L. ubi* 12. *D. de testib.* scriptum est; *Ubi numerus testium non est expressus, duos sufficere*; *pluralem enim eloquutionem contentam esse duorum numero.* Haec regula etiam in criminibus locum habet; nulla 7 enim lege de numero testium quidquam cautum reperitur. Cumque eadem regula sacrarum quoque literarum auctoritate roboretur, non male glossographum scripsisse puto in *c. praesul.* 2. *quaest.* 4, duos etiam adversus Papam Romanum sufficere. Nec sane ulla ratione excusari potest, quod in *d. c. praesul. et c. seq. nullam* constitutum est, ut ne praesul, id est Cardi-

Mascard. d. q. 11. n. 11.

Felin. in c. si diligenti de for. compet Rebuf. ad const. reg. tit. de appel. art. 15. glor. 1. n. 25.

Vid. Morn. in l. 12. D. de test.

nalis Episcopus damnetur, nisi testibus LXXII., Presbyter Cardinalis XLIV, Diaconus Cardinalis XXVII., Subdiaconus, Acolythus, Exorcista, Lector, Ostiarius VII. Cominiscantur Interpretes quidquid volent; est haec absurditas tam aperta, tam in omnium oculos incurrit, ut eam tegere color mitius possit. Dicant alii, loqui hos canones de eo casu, quo testes sunt suspecti et inhabiles; reclamant verba Pontificis, qui in *d. c. praesul.* testes integrae opinionis requirit. Alii, temporis causa hoc constitutum fuisse, ad compescendam haereticorum malitiam, qui ea tempestate Cardinales et Clericos accusabant, ut officio abdicarentur; atqui vel ipsorum testimonio, nullum seculum haereticorum feracius fuit quam praesens, a partu Christi sextum decimum, et praeteritum decimum quintum; cur ergo usus antiquavit temere, quod prudenter erat constitutum? Jam quam constent sibi sanctissimi patres, dum *c. cum. essent. de testam.* reprehendunt ius civile, tanquam divino contrarium, quod in testamentis condendis exigat testes VII., cum iure divino cautum sit, in ore duorum, aut trium veritatem stare. Nam si idcirco plures in testamentis exigi non debent, cur ipsi LXXII, exigunt ad convincendum episcopum cardinalem? cur XLIV. ad convincendum presbyterum, cum Paulo, cuius successores se iactant, sufficiant duo, vel tres I. *Timoth.* 5. *v.* 19? Numquid aliud hic respondere possunt, quam illud; *Egomet mi ignosco*; *et Leges do, non accipio*? Quid quod testes XL. effraenatam multitudinem vocet Innocentius III. in *c. cum causam* 37. *de testib.*? Tam igitur constat Innocentius Leoni,
6 quam Leo constat praecessori Paulo (5). Verum hae

(5) Ex incorruptis, prioribusque iuris canonici fontibus perspicue eruitur in probatione per testes conficienda illud Pauli Apostoli probatum fuisse; ut in ore duorum vel trium staret omne verbum Hinc Patres in Concilio Bracarensi aperte sanxerunt, ut si quis aliquem clericorum in accusatione fornicationis impetit, secundum praeceptum Pauli Apostoli duo, vel tria testimonia ab eo requirantur. Vid. *cit. C placuit.* Frustra autem Auctor in contrarium allegat *cit.* C. 2. *caus.* 2. Q. 4., ubi traditur duos supra septuaginta testes ad Episcopi, quatuor supra quadraginta ad Pre-

missa facientes, ad ius civile revertamur, cuius regula, quod numero non expresso duo sufficiant, non est adeo restricte accipienda, quin possit iudex ex causa desiderare plures. Quid enim si testes auriti producantur, non oculati? plures utique exiget iudex; quoniam ut comicus ait: *Pluris est oculatus testis unus, quam auriti decem: Qui audiunt, audita dicunt; qui vident, plane sciunt.* Quid si viles et obscuri sint, qui producti sunt? Et haec iusta caussa est plures requirendi; nam ut Hadrianus ait in *L.* 3. §. *eiusdem D. de testib.*, alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem. Sane si producti prorsus non habeant testimonij dictionem, quotcumque numero fuerint, non facient fidem, nisi cum in criminibus atrocioribus, vel occultis veritas aliter inveniri non posset, per tormenta interrogati fuerint, secundum ea, quae praecedenti capite diximus.

Illud nunc adiiciendum, an certus numerus sit 6
praestitutus legibus, quem excedere producendi non liceat? JC. in *L.* 1. §. *ult. D. h. tit.* docet, esse quibusdam legibus amplissimum numerum testium definitum, sed ex constitutionibus Principum hanc licentiam ad sufficientem numerum coarctari, ut iudices moderentur, et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur; ne ex re nata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur. Cum dicit, *amplissimum numerum*, haud dubie ad Legem Serviliam repetundarum respicit, per quam accusatori licebat centum atque viginti hominibus testimonium denunciare. Ita enim accusator Scauri apud Valerium Maxi-

---

sbyteri, septem supra viginti ad Diaconi, septem ad ceterorum minoris gradus administrorum damnationem requiri. Sunt haec figmenta Isidori Mercatoris, qui, uti observavit cl. Berardi, nihil antiquius habuit, quam ut accusationes Episcoporum de medio tolleret. Consul. laudat Berardi hac de quaestione egregie disserentem in *Comment. in ius eccles. univ. tom* 4. *par* 1. *dissert.* 1. *cap.* 5.

Valer. lib. 18. cap. 8. Cic. pro et lib. Ascon

mum loquitur; fuit autem Scaurus reus factus Legis Serviliae repetundarum, testibus Cicerone, et Asconio, Verum rectissime huiusmodi Leges constitutionibus Principum antiquatae sunt, cum evocatio tot testium vexationi, quam iudicio propior sit (6).

CAPUT IV.

De Interrogandis Testibus.

1. In criminibus omnino evocandi testes.
2. An examen testium alii mandari possit?
3. An notario mandari possit?
4. An produci possunt ad perpetuam rei memoriam?
5. An post publicata testimonia?
6. An post conclusionem causae
7. An iniurati audiendi?
8. An pactio valet, ut iniurati audiantur?
9. An praesentibus litigatoribus interrogandi?
10. Quatenus extra causam interrogari possunt?
11. An de suo crimine interrogari possunt?
12. Quibus verbis respondere debeant?
13. De causa scientiae.
14. An valeat testimonium non reddita causa?
15. An ironia in testimonio dicendo uti liceat?

1 De interrogandis quoque testibus peculiari nobis capite agendum fuit, quoniam non convenit per omnia criminalibus cum iudiciis civilibus. Etenim in civilibus causis testes si absint, vel evocari possunt ad dicendum testimonium, vel litigator ipse, aut procurator eius proficisci debet in eum locum, in quo degunt testes, curaturus, ut apud Praesidem eius provinciae, vel defensores civitatis examinentur. *L.* 16. *et L. si quando* 19. *C. de testib.* At in causis criminalibus omnimodo ipsi testes producendi sunt, non eorum testimonia proferenda. Id cum olim, ut videtur, in publicis duntaxat iudiciis obtinuisset, Iustinianus ad crimina extraordinaria produxit, *Nov.* 90.

---

(6) *Non enim*, inquit optime JCtus in L. 21. h. t., *ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.*

cap. 5.; *L.* 3. §. *idem D. Hadrianus D. de testib.* Tacit. *de orat. cap. XIX*, *Cum testimonia in publicis non absentes, nec per tabellam dare, sed coram et praesentes dicere cogerentur.* Evocari igitur testes etiam inviti et possunt, et debent, non tamen omnes. Excipiuntur enim milites, senes, valetudinari, qui cum magistratu reip. causa absunt, quibus venire non licet, qui non detractandi testimonii causa absunt; publicani, et qui quid praebendum exercitui conduxerunt etc., *L.* 3. §. *ult.*, *L.* 8. *et* 19. *D. h. tit.* Praeter hos qui evocantur, sequi debent, sumtibus tamen producentis: sicuti dies xv. exspectare, intra quos si interrogati non fuerint, impune eis discedere liceт, *d. L.* 3. §. *Gabinio D. eod.*, *L.* 11. 16. *et pen. C. eod.*

Secundo, in civilibus causis, ut interpretes volunt, iudex multitudine negotiorum impeditus, testium praesentium examen mandare notario potest; in criminalibus non potest, *arg. c.* 1. *de testib. cog.* Ego nihil necesse hic arbitror ad ius canonicum confugere, cum eadem differentia iure civili defendi possit ita: Potest Praetor, qui civilem iurisdictionum habet, vel totam, vel partem eius alii mandare, *L. solet* 16. *D. de iurisd.* Ergo et mandare illam partem potest, quae in testibus cogendis examinandisque consistit. At qui gladii potestatem habet, non potest iurisdictionem suam alii mandare, *L.* 1. *D. de offic. ei. cui mand. est iurisd.*, *L. solent* 6. *D. de off. procos.* Igitur nec evocationem testium, eorumdemque examen mandare alii poterit. Nec tamen id ita abscisse negaudum, quin fateamur ex gravissima causa id fieri posse, veluti ob necessariam absentiam, vel adversam valetudinem: Ex his enim causis imperium merum mandari potest, *d. L.* 1. (1). Sane, quod

2 Farin. q. 77. n. 78. et 96. Costal. in l. 15. D. de iurei. Gail. 1. ob. 93.

Farin. d.q.n.

(1) Ex sola absentiae causa posse merum imperium mandari, tradit Papinianus in *cit.* L. 1.; sed, ut recte monet Noodtius *lib.* 2. *de iurisdic. et imp. cap.* 5., ei tantum, cui mandari permittitur ea lege, vel SCto, quo id imperium conceditur. Exemplo sit Prae-

nonnulli existimarunt, etiam ob multitudinem negotiorum id fieri posse, id laudare timeo; eo enim ipso tollere propositam differentiam videntur, quandoquidem nec in civilibus aliter fieri potest, quam si iudex multitudine negotiorum, vel alia iusta cau-
3 sa praepediatur. Ille tamen scrupulus superest, an notario mandari hoc negotium possit? Etenim tabularii olim servi publici fuerunt; liberos eosdem iussit esse *L.* 3. *C. de tabul.*; non tamen eam existimationem tribuisse videtur, ut possit eisdem mandari iurisdctio. Iurisdictionem autem humilioribus non potuisse mandari illud argumento est, quod Proconsul non nisi Legatis, Praeses uni ex Comitibus, Praetor urbanus Peregrino, Peregrinus Urbano iurisdictionem mandare sint soliti: Verum non est, quod haec dubitatio nos moretur; constat enim ex *L.* 3. §. *ult. D. de offici. cui mand. est iurisd.* potuisse Praetorem etiam privato mandare iurisdictionem. Constat etiam eos qui in cohorte Praesidis essent, non omnes fuisse in dignitate constitutos. Constat denique Praetorem potuisse quaedam mandare scribae, vel officiali suo, veluti satis acceptionem, *L. ult. C. de magistr. conv.* Quibus omnibus consequens est, ex quo notarii facti sunt liberi homines, posse eis iurisdictionem, vel partem iurisdictionis mandari, posse evocationem testium, nedum nudam testium interrogationem iniungi.

4 Tertio, in causis civilibus tam ab actore, quam a reo testes ante litem contestatam produci possunt ad perpetuam rei memoriam; at in criminalibus a reo quidem id fieri potest, ab accusatore non aeque. Rationes differentiae sunt; quoniam ab accusatore apertissimae probationem exiguntur, *L. ult. C. de probat.* At testes ante litem contestatam producti non possunt apertissimam probationem facere. Adhaec testes ipsi interrogandi sunt in criminalibus, nec fides habenda

Gomes 3. resol 1. n 21. Farin. q. 67 part 4. Hart Pist. 1. qu. 39. n. 10. Imb. 1 Inst. for. 36. Gomes. l. T. 76 n. 4.

---

fectus urbi, qui cum exercitionem legis Juliae de vi haberet, poterat ex eadem lege profecturus eam exercitionem soli vicario urbis mandare.

scriptis testimoniis. At si examinare eos liceat ad perpetuam rei memoriam necessario postea scriptis et consignatis eorum testimoniis fides habenda erit contra *d. Nov. 90. cap. 5., d. L.* 3 §. *idem D. Hadrianus D. de testib.* Cum reo mitius agitur, qui etiamsi nihil praestet, tamen accusatore non probante absolvendus est, *L. 4. C. de edend.*, quanto ergo magis, si etiam scriptis testimoniis innocentiam probet. Accedit, quod accusator sibi suaeque negligentiae imputare debeat, si accusationem, quam vivis testibus instituere poterat, post mortem eorum distulerit; at reo nihil est, quod imputetur, cum incertum sit, an et quando accusator aliquis nomen eius delaturus sit. His argumentis non inepte communis distinctio firmari videtur, nec potui Antonio Fabro assentiri, qui alicubi contra dixit, non solum non accusatori, sed ne reo quidem hoc permittendum, ut testes innocentiae probandae causa, ad futuram rei memoriam producat. Nam si, ut dixi, et porro sum dicturus *Tit. de sent.*, absolvitur reus, etsi nihil praestiterit, quanto facilius absolvendus erit, si quibuscunque testimoniis innocentiam adstruxerit? Fingamus mulierem vereri, ne quandoque a propinquis mariti partus suppositi crimen sibi impingatur; anum autem esse obstetricem, vel ancillas, quae pro partu possunt veritatem insinuare, nonne utilissimum cum ipsi, tum partui, ad futuram rei memoriam interrogari obstetricem atque adstetrices, ut innuit JC. in *L.* 2. §. *duae D. de Carb ed* (2)?

Cod. Sab. tit. de testib. def. 25.

5 Quarto, in civilibus causis neuter litigator, post publicata et didicita testimonia, super eisdem, vel directo contrariis articulis alios producere testes po-

Clar § fin. qu. 61. Farin. qu. 75. n. 407. et seqq.

(2) Dicta testium dicuntur testimonia litis, L. 4. D. *de testib.* Ergo non possunt recipi ante litem contestatam; nam ante id tempus non est lis, non iudicium. Nec quidquam obturbat Ulpianus in *cit.* L 3. § *de carb. edic.*, etenim JCtus non definit, posse obstetricem, et alios testes ad futuram rei memoriam interrogari; sed posse iudicium de statu, si intersit pupilli, expediri, antequam in suam tutelam perveniret. Simile exemplum iudicii, quod repraesentatur, habes in L. 40. D. ad L. *Aquil.*

Gall. 1. obs 105. n. 10 test, *d. Nov.* 90. *cap.* 4. In criminalibus non solum alii produci, sed et iidem repeti possunt a reo probandae innocentiae gratia, *arg. L.* 1. §. *ult.*, *L. unius* 18. §. *pen. D. de Quaet*, *L.* 5. *D. de poen*, *L. Arrianus* 47. *D. de O. et A.*, *L. ult. D. de fer*, *L. auxilium* 37. *pr. et.* §. 1. *D. de minor.*, *L. non tantum* 6. *D. de appel.* (3).

6 Huic proxima est quinta differentia, qua dicitur, Clar. id. loc. in fin. Farin. d. qu. 75. n. 264. Gail. 1. obs. n. 11. in civilibus non posse produci testes post conclusionem, qua renuntiant litigatores ulterioribus allegationibus, *Auth. iubemus C. de iud. seu Nov.* 115. *cap.* 2. In criminalibus contra non obest reo ea renuntiatio, quo minus quandocunque innocentiam probare possit. Rationes utrobique eaedem sunt. Satius est nocentem absolvi, quam innocentem condemnari: Proniores sumus ad liberandum, quam ad obligandum: Nulla cunctatio de morte hominis longa videri debet: Adhaec reo perire volente, iudex etiam post sententiam

(3) Parum recte ex hic *citat.* textibus argumentatus est Auctor, in criminalibus non solum alios testes produci, sed et eosdem repeti posse a reo probandae innocentiae gratia. Rationes enim, quibus falcitur regula, post publicata et didicita testimonia, super eisdem, vel directo contrariis articulis vel eosdem testes repeti, vel alios produci non posse, eae profecto sunt, ut ad accusatorem aeque ac ad reum porrigantur. Expedit equidem, ne innocens immeritam subeat poenam; ast Populi salus, quae in civitate suprema lex est, postulat quoque, ne nocens quaesita testium subornatione, vel iudicium quasi in infinitum protrahendo meritam poenam effugiat. Nec aliquid pro Auctore probant *citat.* textus. Ut enim ceteros omittam; qui nihil ad reum faciunt, in L. 1. §. *ult.* D. de *Quaest.* casus proponitur de servo, qui falsa demonstratione perseverans condemnatus fuerat, et postea de illius innocentia constiterat. Ait autem JCtus Praesidem Provinciae eum, quem damnavit, neque hos in casu restituere posse, sed Principi scribere oportere, si quando ei, qui nocens videbatur, ratio innocentiae constitit. In L. vero 8. § *pen.* D *eod.* illud tantum monet Paulus, defensionem scilicet quocunque tempore, postulante reo, negari non oportere. Hoc autem nimis generale monitum ita ipse JCtus definit in L. *ult. de fer. et dilat.*, ut scilicet in capitalibus causis accusatori duae dilationes, reo tres dari possint: sed utrumque causa cognita. Verum quis non videt aliud esse, dilationes reo concedi pro defensione peragenda, aliud, peracta defensione, ac inde testimoniis iam publicatis et didicitis, permitti, ut iidem testes repetantur, vel alii producantur?

inquirere, et investigare innocentiam eius potest, *d. L*, 1. §. *ult. D. de Quaest.* Ergo multo magis reo postulanti quandocunque permittendum innocentiam demonstrare, *d. L.* 18. §. *pen. D. eod* (4).

Porro, antequam testes testimonium dicant, iurare de veritate dicenda debent, nec iniuratis creditur, *L. iurisiurandi* 9, *L. testium* 18. *C. de testib.* Iurati autem interrogantur, non solum ne falsa dicant, verum etiam, ne quae vera sunt, taceant, ut Asconius ait in *Verr.* Hic quaerunt interpretes, an 7
iudex iusiurandum remittere possit? An possit conventione litigantium remitti? Quod ad prius attinet, expeditum est, iudicem non posse; necessitatem enim
lex imponit, non voluntati permittit. Itaque si vel Xe- 8
nocrates resurgeret, a quo Athenienses quondam iusiurandum exigere non sustinuerunt, non dubitaremus ei religionem iuramenti iniicere. Quod vero ad posterius attinet, quoniam de re privata pacisci licet, de publica non aeque; distinguendum inter causas erit, ut in pecuniariis quidem pactio valeat; in criminibus nequaquam Confer ea, quae *cap. praec.* diximus de teste unico, an ei fides habenda, si inter litigantes convenerit.

Masc. vol. 1. de prob q. 5. n. 108 Farin. q. 74 n 84. et seqq. Gail. 1. obs. 111. n. 2.

Postquam iuraverint, interrogantur; ut enim Asco- 9
nius *d. loc.* testatur, loqui testi nisi interrogato non licebat. Haec autem interrogatio utrum absentibus, an praesentibus litigatoribus fieri debeat, indagandum est. Communis schola, quam fori usus sequitur, docet; citandum quidem esse adversarium, ut videat iurare testes; at non ut examini intersit, cum secreto sint interrogandi. Hanc sententiam, quanquam praeter vulgus etiam doctiores quidam probant, nequaquam iure civili defendi posse puto. Argumento est, quod quaestioni servorum interesse iubentur accusator, reus, patronive eius, et interrogandi facultas datur patronis, *L. si postulaverit* 27. §. *quaestioni D. ad L. Jul. de adult.* Quod si quaestionibus

Farin. qu. 72. cap 1 et qu. 80. n 92. et seqq Zas in l minime de ll. n. 3. Hotom in l. 12. C. de test. Donel in comm. de testib. cap. 19.

(4) Vid. superior. not.

servorum interesse iubentur, qui minus interrogationibus testium? Non est quod quis existimet, hoc specialiter Lege Julia de adulteriis cautum esse; multis enim veterum testimoniis doceri potest, in reliquis quoque criminibus obtinuisse. Prodeat Cicero in *Orat. pro Flac.*, *Ubi est*, inquit, *illa laus oratoris, quae vel in accusante antea, vel in patrono spectari solebat? Bene testem interrogavit: Callide accessit: Reprehendit: Quo noluit, adduxit: Convicit, et elinguem reddidit.* Asconius III. *Verr. Loqui nisi interrogato testi non licebat, interrogatur autem et ab eo contra quem productus.* Plinius III. *Epist. IX. Concipere animo potes, quam simus fatigati, quibus toties agendum, totie altercandum, tam multis testes interrogandi, sublevandi, refutandi.* Asconius II. *Verr.*, *Cum videret Cicero id agi, ut sibi reus eriperetur, hoc commentus est rationis, ut orationem longam praetermitteret, neque in criminibus declamatione comulandis tempus absumeret, sed tantummodo citaret testes ad unumquodque crimen expositum, et eos Hortensio interrogandos daret, qua arte ita est fatigatus Hortensius, ut nihil contra quod diceret, inveniret; ipse etiam Verres desperato patrocinio sua sponte discederet in exilium.* Ad hos auctores omni exceptione maiores accedat Quintilianus *V. Inst. Orat.* VII., qui cum testes disdinxisset in voluntarios, et invitos, quorum altero genere utraque pars utabatur, alterum accusatoribus tantum concessum erat; subiicit, utrosque ab accusatore interrogatos fuisse, ut dicerent testimonium; a reo, reive patrono, ubi dixissent. Petebatur autem et venia interrogandi a iudice, ut colligitur ex illo Ciceronis II. *de orat Licet*, inquit, *rogare Philippus? Tum quaesitor properans, Modo breviter.* Exempla denique interrogationum apud veteres reperiuntur non pauca; quae quoniam diligenter congessit Brissonius, lectorem ad eundem remittimus. Ex his autem omnibus luce meridiana clarius patescit, eam fuisse iudiciorum apud veteres rationem, ut testes non remotis arbitris, sed utroque litigatore praesente, atque e-

Brisson. 5. Formul.

tiam palam in foro interrogaretur. Restat illud duntaxat investigandum, an ea iudiciorum ratio nova aliqua constitutione sit immutata? Et vero non solum in libris Justiniani nullam huiusmodi inveniemus, sed et contra novissima eiusdem Imperatoris constitutione nominatim repetitum videbimus, ut ne testes examinentur, nisi utroque litigatore praesente: *monomeros* ut tunc demum possit fieri interrogatio, si alter per contumaciam absit, *Nov.* 90 *cap. ult.* idem iam ante aliis quibusdam constitutionibus eiusdem Imperatoris expressum fuerat, velut *L.* 16., *et pen. C. de testib. L.* 18. *C. de fid. instrum.* Nec est, quod quis cum communi schola has constitutiones ita interpretari velit, quasi vocandi sint litigatores, ut videant sacramenti religione testes obstringi, non etiam ut intersint examini: etenim *d. L.* 16. dicit, ad absentes mittendos procuratores partium, ut apud eos deponant, quae noverunt, vel deierunt, quae ignorant, *d. L. pen.*, si altera pars per exsecutores admonita venire noluerit, altera praesente testimonia capienda, *d. L.* 18., depositiones sub utriusque partis praesentia faciendas, *d. Nov.* 90. *cap. ult.*, oportere etiam adversarium praesentem esse, et audire attestationes. Quis autem tam violentam interpretationem probet, aut facere ausit, ut audire attestationes, praesentem esse cum testimonia deponuntur, capiuntur, cum testes deponunt quae noverunt; nihil sit aliud, quam audire testes iurantes? Nemo credo, nisi qui contentionis, quam veritatis cupidior est. Quid ergo interpretes in errorem induxit? Illud credo, quod in *L. nullum* 14. *C. de testib.* legerent, testes *intrare iudicis secretum*, quod ita acceperunt, tanquam in secreto, et remotis arbitris testes interrogarentur. Sed perperam; *secretum* enim ibi nihil aliud est, quam secretarium, id est iudicii locus, ut *in L. ult. C. ub. senat. vel. claris. L.* 3. *C. de offic. div. iud.*, *L.* 2. *C. de prox. sacr. scrin. L. pen. C. de accus.* Hic locus, quanquam litigantibus, advocatis, atque audire volentibus pateret, tamen quoniam tecto, ac parietibus concluderetur, paucique

circumstarent; cum contra olim in foro, et magna circumstante populi corona caussae disceptareutur, non inepte *secretum* et *secretarium* appellatus est. Tacitus de orat. *Quantum humilitatis putamus eloquentiae attulisse penulas istas, quibus adstricti et velut inclusi cum iudicibus fabulamur? quantum virium detraxisse orationi auditoria et tabularia credimus, in quibus iam fere plurimae causae expicantur?* Et mox; *Unus inter haec dicenti ac alter assistit, et res velut in solitudine agitur*. Imposuisse praeterea interpretibus videtur *d. Nov.* 90. *cap.* 4., in qua cum legerent, saepius produci testes posse, nec tamen admitti ad novam, in primis quartam productionem eum, qui priorum testimonia cognita et perspecta habet; existimarunt necessario testes examinandos absentibus litigatoribus. Verum ne haec quidem argumentatio eos movere debuit, cum utrumque verum sit; et litigatores ut intersint, vocandos; et si interfuerint, priorumque testimonia cognoverint, ad novam productionem non admitti. Quare qui saepius testes producere cogitat; id ipsum observare debet, ne examini intersit. Posset etiam pro communi sententia illud adduci ex *L.* 1. §. 1. *D. ad Leg. Corn. de fals.*, falsi teneri eum, qui ob renuntiandum testimonium pecuniam accepit; non renuntiari autem accepta pecunia, nisi quae celata oportuit. Verum, ne hoc quidem sententiae nostrae officere potest; renuntiare eum, non est eo loco effutire quae tacita oportuit, sed denuntiare testimonium, ut apud Licinium Rufinum legitur. Denuntiat invitis accusator testimonium; qui si ob eam rem pecuniam acceperit, Lege Cornelia de falsis tenetur. Quid enim si denuntiaverit vexandi causa, et vel ab alio acceperit pecuniam, ut alium vexaret, vel ab eo cui denuntiabat, acceperit, ut remitteret, non debet id crimen impunitum esse.

Tit. de fals. §. praeterea.

Porro interrogatio omnis aut in causa est, aut extra
10 causam. In causa cum de crimine rei testis interrogatur. Extra causam, cum de aetate, de vita sua, aut testium aliorum interrogatur. Haec distinctio, quanquam alie-

qui ratio examinis plurimum immutata sit, hodieque in foro depreheuditur. Is enim qui testes producit, articulos ad causam pertinentes exhibet, super quibus testes a iudice interrogentur; is vero contra quem producuntur exhibet interrogatoria quae vocant; quibus non solum de causa eiusque circumstantiis, sed et extra causam de vita et honestate sua testem interrogari curat. Qua parte illud moribus receptum, ut ne passim et extra oleas vagari liceat, sed in genere duntaxat rogari testis possit, cuius aetatis, conditionis, atque vitae sit, acceperitne aliquid pro testimonio dicendo, an accepturum se speret; quibus de rebus idcirco interrogatur testis, ut ex responso eius eo magis pateat, utrum testimonii dictionem habeat, necne. Ceterum extra has species illud communi consensu tam docentium, quam iudicantium receptum est, non posse testem interrogari de suo crimine, nec teneri interrogatum prodere propriam turpitudinem. Nam si invito non potest denuntiari, ut testimonium dicat adversus necessarias personas Lege Julia comprehensas, *L. 4. D. de testib.*, multo minus se suumque crimen testis proferre tenetur. Incipit enim amor a se ipso; genuque tibia propius est. Et si nemo deferre se tenetur, *L. 3. §. ult.*, *L. 25. D. de iur. fisc.*, durum sane et inhumanum foret, testem cogi, ut sui ipsius delator fiat. Limitant tamen hanc doctrinam, ut non procedat, quoties aut testis particeps eiusdem criminis dicitur, cuius qui accusator, aut sine accusatore iudex ex officio inquirit, et interrogat. Neutra limitatio difficultate caret. Nam quod ad priorem attinet, dictum est supra *Cap.* 11. socium, seu participem eiusdem criminis non posse testimonium dicere in causa socii, quia periculum est, ne in socium crimen omne derivet, *L. quoniam* 11. *C. de testib.* Erit igitur interrogandus quidem, sed a iudice, non ut testis, sed ut reus. Quod ad posteriorem attinet, si ex officio inquirat index, aut testi productus eiusdem criminis consors est, aut consors non est. Si consors sit, non poterit esse testis; sin minus, et interrogetur de alio crimine, non ut cum teste, sed ut

Vid. Inst. cur. Ultraj. rubr. de modo proced. art. 24.

11 Farin. qu.

eum reo agendum erit (5). Absurdum enim iniecta iurisiurandi religione velle quem de crimine suo interrogare, cum verisimile sit peieraturum potius, quam veritatem dicturum, secundum ea, quae ad *Tit. de Accus. cap. de iurei calum.* diximus. Itaque si, ut hodie fieri solet, idcirco testes nolint testimonium dicere, quod dicant testimonii dictionem cum sua turpitudine coniunctam petantque in eum finem sibi caveri, despositionem fraudi non fore, deferendum sane iudicaverim eorum petitioni; sed ea conditione, ne ex ea cautione speret impunitatem gravioris criminis. Qua cautione si contenti non sint, non iam ut cum testibus, sed ut cum reis agendum erit. Quod si testes alii non sint, quibus convinci possint, etiam praemio ut indices invitari possunt; praestat enim vel atrocioris criminis inpunitatem aliquibus concedere, quam pati, ut deficientibus probationibus crimen omnino abeat inultum.

12 Praeterea videndum, utrum testis interrogatus respondere debeat, *Scire se*, an sufficiat si dicat, *Credere se*, vel *Arbitrari*, vel *Videri sibi*? Communis schola adeo primam formulam probat, ut etiam dubitet, an fidem mereantur qui credere se dicunt, quos testes de credulitate appellant. Verum qui ita tradunt, hoc modestiae veterum ignaros fuisse palam est; quae tanta fuit, ut et cum certo scirent rem ita se habere, et ex animi sententia loquerentur; tamen dicerent *Videri sibi*, Ita Iurisconsulti faciebant cum de iure responderent; ita iudices, cum iudicarent. De testibus autem nominatim prodidit Cicero *Lib.* IV. *Acad. quaest Veterum.* inquit, *in testimoniis dicendis ea fuit diligentia, ac religio, quod inscientia multa versaretur in vita, ut, Arbitrari se testes dicerent, etiam*

Ferrar. prax. tit. 12. glos. ult. Gomes. 3. resol. 2. n. 10. Farin qu 68. pr et n. 62. Costal. in l. 21. D de rec. arb.

(5) Dictis non obstat Marcianus in L. 6. *de cust. reor.*, ubi ex capite mandatorum docet, debere Irenarchas, cum adprehenderint latrones, eos interrogare de sociis; etenim comprehensorum latronum dictum non facit legitimam fidem adversus socium; sed tantum iudici praebet causam inquirendi. In eundem sensum accipienda est. L. 2. D. *de poen.*

quod ipsi vidissent. Et pro *M. Fonteio*: *Credo hase eadem Induciomarum in testimonio timuisse, qui primum illud verbum consideratissimum nostrae consuetudinis, Arbitror, quo nos etiam tunc utimur, cum ea dicimus iurati quae comperta habemus, quae ipsi vidimus, ex toto suo testimonio sustulit, atque omnia scire dixit.* Iterim ab utroque teste, tam eo qui dicit, *Scire se*, quam qui dicit, *Arbitrari se*, causa flagitari potest, ut explanet, quamobrem sciat, aut arbitretur. Causae autem licet infinitae videantur, 13
ad duo tamen capita referri posse videntur: *Vidi*, *Audivi* (6): Alterutram qui expressit, officio suo functus est. Ceterum praeterquam quod viderit, vel audiverit, argumentari testi, aut coniectura prosequi crimen non licet, ne ius accusatoris cum iure testimonii commisceatur, ut eleganter *Lib. IV. Rhetor ad Herennium* scriptum est. Quid tamen, si idcirco causam non adiecerit testis, quod rogatus non fuerit?
Hic distinguunt interpretes iudicia civilia a criminalibus. In civilibus, inquiunt, valet nihilominus vero ut valeat, omnimodo adiicenda causa scientiae, etsi a iudice exacta non fuerit, Ego vero nullam hic video differentiae rationem; quin contra puto, neque in civilibus causis, neque in criminalibus plenam fidem eos mereri, qui causam scientiae non adiecerunt, sive hoc postulatum non fuerit, sive cum po- 14

Gomes. d. n 10. Mascard. d. q 5. n. 113. Farin. qu. 70. n. 14.

(6) Verum vis testimoniorum, quibus asseritur, factum, de quo quaeritur, ab aliis auditum fuisse, tota in ea vi resolvitur, quae potest desumi ex testimoniis eorum, qui veluti principales testes laudati fuerunt. Regula ergo generalis est, in proposita facti specie auritos testes fidem directe haud facere. Si vero agatur de criminibus, quae verbis perficiuntur, testimonia, ut fidem faciant, iis praescriptionibus sunt excipienda, quas sapienter suggerit laudat Filangieri in *cit. op. loc. cit.* = *Siccome vi è una gran differenza tra i fatti, e i detti, così vi sarà anche uno gran differenza tra le testimonianze contro i fatti, e le testimonianze contro i detti. Ne' primi il testimonio deve aver veduto, ne' secondi deve aver inteso e veduto. Egli non dovrà solo riferire le parole, ma il tuono, il gesto, che le ha accompagnate, e l'occasione, per la quale si sono proferite. L' uniformità ne' due testimonj non dee solo raggirarsi nelle parole, che essi hanno intese, ma anche in quelle circostanze, che possono alterarne, o modificarne il significato.*

stularetur, reddere eam nequiverint. Non enim sola vita et mores testium iudici fidem faciunt, sed vel in primis movetur costantia testium, et in explicanda causa promptitudine. Gravius quidem praeiudicium fit reo in causis criminalibus, sed non ob eam solam causam civilia a criminalibus iudiciis separanda sunt.

15 Illud quoque cavendum testi, ne ironia utatur pro testimonio; id enim cum religione pugnare videtur. Cicero in *Brut.*, *Vide quaeso, ne tam reprehendenda sit ironia in historia, quam in testimonio*; Et mox: *Bella ironia si iocaremur; sin adseveramur; vide ne religio nobis tam adhibenda sit, quam si testimonium diceremus*. Sane cum testes ab accusatore producti dixissent, patrono rei eosdem interrogandi licuit aliquo urbane dicto eos, refrigerare, ut Quintilianus *d. cap.* VII. ait; licuit et testibus contra patronos venuste respondere. Exempla apud Ciceronem et Macrobium reperiuntur: Pusillus testis processerat, Licet, inquit, rogare Philippus? Tum quaesitor properans. Modo breviter. Hic ille; non accusabis, perpusillum rogabo. Plancus in iudicio forte amici cum molestum testem destruere vellet, interrogavit, quia sutorem sciebat, quo artificio se tueretur, ille urbane respondit, gallam subigo; sotorium hoc habetur instrumentum: quod non inficete in adulterii exprobationem ambiguitate convertit; nam Plancus in Maedia Galla nupta male audiebat. Prodierat Orbilius grammaticus in reum testis, quem Galba ut confunderet, dissimulata professione eius interrogavit. Quod artificium facis? respondit ille. In sole gibbos fricare soleo. Sed nihil facetius, quam quod a Crasso profectum est. Cum laesisset testis Silus Pisonem, quod se in eum audisse dixisset. Potest fieri, inquit, Sile, ut is unde te audisse dicis, iratus dixerit. Annuit Silus. Potest etiam, ut tu non recte intellexeris. Id quoque toto capite annuit, ut se Crasso daret. Potest etiam fieri, inquit, ut omnino quod te audisse dicis, nunquam audieris. Hoc ita praeter expectationem contigit, ut testem omnium risus obrueret. Huiusmodi

Cic. 2. de orat. Macrob 2. Sat. 3. et 6

urbanitas olim in magna laude fuit; hodie vix locum invenit, quoniam testes a iudice, non ab adversario, eiusve patrono interrogantur. Estque etiam urbanitas diligenter secernenda a convitio; quae enim petulantius iactantur, convitium sunt, et iniuriarum actionem parere possunt; quae vero facetius, urbanitas nuncupatur, ut Cicero pro *M. Caelio* ait.

CAPUT V.

De instrumentis.

1. Demonstratur, cuiuscumque generis crimina instrumentis probari posse. 2. Refelluntur contraria.

Hadrianus Imp. Iunio Rufino Proconsuli Macedoniae rescripsit, *Testibus se non testimoniis fidem habere*, 1 *L.* 3 §. *idem D. Hadrianus D. de testib.* Ex eo rescripto interpretes adstruxere, testibus, non istrumentis crimina probari. Itaque ille, ad quem familiariter lectorem remittere soleo, quique more suo nil nisi regulas ampliationes, et limitationes conscribit, pro regula hoc tradit, *Delictum non probari per instrumentum.* Cui firmandae ex Cyno alias quoque rationes adducit, sed valde ineptas, quasque ob id referre pudet; nec enim ullam arguendi vim habent, ne probabilem quidem, nedum necessariam. Nisi forte probabilem iudices, quae ex *L. ult. C. de probat.* adducitur; In criminalibus apertissimis probationibus opus esse; non posse autem instrumenta plenissimam criminis fidem facere. Idem tamen tot adducit limitationes, ut regulam ipsam absumere atque absorbere videantur; idque vel solum regulae periclitantis argumentum non leve visum est. Excipit enim ea crimina quae scribenda committuntur. Excipit coniurationem adversus Principem, falsum, illicitam foenerationem, periurium, haeresin, subornationem accusatoris, et similia quaedam. Postremo fatetur, etsi plenam fidem non faciant instru-

Farin. qu. 84 Mascard. d. qu.5.n.14. Clar. §. fin. qu.

menta, concurrere tamen, et coniungi cum aliis probationibus posse. Ita ille, sequutus maiorem doctorum gregem. Nos contra regulam invertamus, demonstremusque crimina non solum testibus, sed et tabulis probari posse. Eum in finem adducimus ipsam illam *L. ult. C. de probat.*, ubi traditur vel idoneis testibus, vel apertissimis documentis, vel indiciis luce clarioribus crimina probanda esse. Documenta autem, quid aliud sunt, quam tabulae vel istrumenta? Adducimus *L.* 2. *C. Quor. appel. non. recip.* ubi traditur, denegandum esse appellationis auxilium ei, qui et convictus est, et confessus sua voce scelus; at qui confessus non est, licet testibus productis, instrumentis prolatis, argumentis praestitis condemnatus sit, non denegandum provocandi licentiam. Adducimus *L. ubi falsi* 22. *C. ad L. Corn. de fals.*, ubi Imp. Constantinus, ad probandum falsi crimen, etiam scripturarum collationem, aliaque vestigia veritatis adhiberi iubet. Adducimus *L. in exercendis* 15. *C. de fid. instrum.*, ubi idem Imp. rescripsit, *In exercendis litibus eandem vim obtinere tam fidem instrumentorum, quam depositiones testium;* nec ullam adhibet distinctionem inter causas civiles et criminales, dum *litis* verbo utitur, quod utrisque causis commune est. *L.* 3. *C. Qui accus. non poss.*, *L.* 20. *D. de accus.*, *L.* 15. §. *pen. D. de SC. Turpil.*, *L. ult. C. ut int. cert. temp.*, *d. L.* 22. *C. de falsi*, *L.* 2. *C. Th. eod.* Si igitur in utrisque causis eandem vim obtinet, non possis nobis eiusmodi ubtrudere regulam; Crimina probantur per testes: Non probantur per instrumenta. In primis cum apud veteres et instrumentorum appellatione testes contineantur, ut Paulus testatur *L.* 1. *D. de fid. instrum.*, et testimoniorum appellatione scripturae, ut apud Ciceronem *in Partit.* Accedunt multa auctorum loca, quibus palam fit, non solum crimen falsi, famosorum libellorum, sed et ambitus, rapetundarum, peculatus, residuorum, caedis, veneficii, maiestatis probari tabulis posse. Cicero in *Brut.*: *Memini*, inquit, *cum M. Calidius accusatione sua Q. Gallio crimini dedisset, sibi eum*

venenum paravisse, idque a se deprehensum, seseque chirographa, testificationes, indicia, quaestiones, manifestam rem deferre diceret, me in respondendo hoc ipsum etiam posuisse pro argumento, quod ille tam solute, tam leniter, tam oscitanter egisset. Idem Cicero *Verr. III.*, *Quis non magnopere attendit unquam, in hoc quidem genere causarum, ubi aliquid ereptum, aut ablatum a quopiam dicitur? nonne aut in tabulis, aut in testibus omnis exspectatio iudicium est?* Asconius in *eand. orat.*, *Moris fuit, ununquenque domesticam rationem sibi totius vitae suaeper dies singulos scribere, ex qua adparet, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenere, lucrove seposuisset quoque die, et quid item sumtus damnive fecisset; sed postquam obsignandis literis reorum, ex suis quisque tabulis damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec consuetudo cessavit. Dicit igitur Tullius, habere se, et patris eius tabulas, quoad vixit, et ipsius Verris quoad confecisse dixit, ex quibus proditur, quam multae tabulae pictae, quot signa apud eum nulla emptionis origine furto capta noscantur.* Valerius Maxim. *Lib. VI. cap. V.*, *Nec aliter se L. Crassus in eodem iustitiae experimento gessit. C. Carbonis nomen infesto animo, utpote inimicissimi sibi detulerat, sed tamen scrinium eius a servo allatum ad se, complura continens, quibus facile opprimi posset, ut erat signatum, cum servo catenato ad eum remisit.* Tacitus II. *Annal.*, *Livius protulit libellos vecordes adeo, ut consultaverit Libo, an habiturus foret opes, qui viam Appiam Brundusium usque pecunia operiret: inerant et alia huiuscemodi stolida, vana, si mollius accipeVes miseranda. Uni tamen libello manu Libonis, nominibus Caesarum, aut Senatorum additas atroces, vel occultas notas accusator arguebat* Plinius *III. Epist. VI.*, *Circa Classicum brevis et expeditus labor, sua manu reliquerat scriptum, quid ex quaque re, quid ex quaque causa accepisset. Miserat etiam epistolas Romam ad amiculam quandam iactanctes et gloriosas, his quidem verbis, Io Io, liber ad te ve-*

nio, iam sestertium quadragies redigi parte vendita Baeticorum. His locis satis abundeque sententia nostra confirmatur: satisfaciamus nunc adversariis. Aiunt, *In criminalibus apertissimis probationibus opus esse. Non esse autem apertissimam probationem, quae fit per instrumenta*. Hoc ciusmodi est, ut facile totidem verbis negari possit. Nam, ut modo demonstravimus ex *L.* 15. *C. de fid. instr.*, parem vim in exercendis litibus habent tabulae, et testes; qui ergo his quidem apertissimam, illis vero minus apertam probando vim tribuere possumus? Quid quod publica monumenta etiam testibus potiora sint? *L. census* 10 *D. de prob.*; tantum abest, ut in universum fides instrumentorum cedat testibus. Aiunt, *Testibus non testimoniis credendum*. Id quemadmodum confutandum ex superiore capite adparet. Testimonia nimirum in rescripto Hadriani non sunt tabulae, et documenta, sed scriptae testium depositiones. Has in iudicio proferre non debet, qui testibus rem probare vult, sed ipsos testes in iudicio interrogandos producere. Instant, *Atqui pleraque crimina ita sunt comparata, ut non possint directe per sola instrumenta probari, sed fere aut testes, aut indicia, et argumenta cum tabulis couiunguntur. Nam si caedem, si raptum commisisse Titius dicatur, si adulterasse monetam, aut simile quidpiam; qui directe per tabulas id probabimus, primis si de fide tabularum queratur Titius?* Fateor, non omnia crimina in specie probari quibuscumque tabulis posse, posse tamen omnia fere criminum genera tabulis ipsius rei probari affirmo. Exempli gratia, si eadem sua manu fecisse dicatur Titius, fieri vix posse videtur, ut probetur tabulis; nam etsi moriturus ille, qui caesus dicitur, vocato notario, et testibns declaraverit, a titio se caesum, non tamen instrumento ea de re confecto soli adhibebitur fides. At si Titius conducto sicario caedem fecisse dicatur, et exibeatur chirographum eius, quo sicario pro opera promiserit centum, proferantur etiam rationes eius, quibus sicario expensa centum tulerit; rationes sicarii; quibus eadem die totidem accepta tu-

lerit, tametsi testes desint, plena tamen criminis probatio est. At urgent; *Quid si reus fidem tabularum non agnoscant?* Fateor, comparatione literarum opus erit; nec tamen ideo minus verum, instrumentis crimen probatum esse, cum illae quoque scripturae, ex quibus comparatio instituitur, tabularum appellatione contineantur. Sed nec si argumenta aliqua ad tabulas accesserint, idcirco e numero probationum tabulae delendae sunt; nam et cum testibus plerunque argumenta concurrunt, dum fidem eorum adversarius elevare, producens firmare conatur, nec tamen idcirco dixeris testibus non posse probari crimen. Quid quod non semper collatione literarum opus sit, sed et arte prudentiaque iudicis fides tabularum adstrui possit? Illa nimirum, qua in Gallia Senatores a Rege delecti, interrogando maiestatis Birono usi sunt. Commentariorum enim, quibus hostilia cum Sabando consilia communicaverat, quatuor folia integra, unum post alterum obtulerunt; qua re factum, ut cum primum et tertium adgnovisset, secundum inficiatus esset, quia postrema verba secundi, cum primis tertii cohaerebant, convictus sit utrumque scripsisse. Hic vero reus et testibus premebatur; sed tamen et absque testibus, absque alia literarum comparatione, ex iisdem tabulis potuisset damnari (1).

a Thuan. hist. lib. 118.

(1) Placet heic adscribere regulas, quas *loc. cit.* proponit Filangeri ad dimetiendam vim probationis, quae ex instrumentis conficiuntur = I. *Una scrittura autentica, che prova immediatamente il delitto, e l'autore del delitto, colla sua propria fede ed autorità, sarà una prova legale.* II *Se la scrittura, non è autentica, la confrontazione de' caratteri non potrà da se sola costituire una prova legale.* III. *Se la scrittura non somministra, che degli argomenti per dimostrare il fatto, vale a dire, se la scrittura non è essa istessa o il soggetto del delitto, o la diretta ed immediata manifestazione del reato, malgrado la sua autenticità, essa non potrà somministrare che un indizio.*

CAPUT VI.

De Argumentis, et Indiciis.

1. *Demonstratur, argumentis crimina probari.*
2. *Quid contra excipiant dissentientes!*
3. *Refelluntur contraria.*
4. *Refelluntur qui dicunt, argumentis convictum puniendum mitius extra ordinem.*
5. *Probationes imperfectae etiam in criminibus coniungi possunt.*

Quemadmodum tabulis, ita quoque argumentis,
1 indiciis, et praesumtionibus communis schola reum condemnari posse negat. Nec tamen omnes eodem modo negant; sed alii quidem *aplós* et simpliciter, alii vero negant reum argumentis convictum ordinaria posse plecti poena. Nos utrisque relictis, adhaerebimus paucioribus, qui existimant indiciis et argumentis convictum, non minus ordinaria poena adfici posse, atque si testibus convictus esset. Idque qua legibus, qua rationibus, demonstrabimus. Argumentum secundum Ciceronem, nihil est aliud, quam ratio, quae rei dubiae facit fidem. Res autem dubiae, non utique pecuniariae duntaxat et privatae, sed et publicae et capitales sunt; in utrisque igitur argumentis locus est. Argumentum porro vel necessarium, vel contingens est. Necessarium, cuius consequentia necessaria
2 est; veluti coivisse eam, quae peperit; furtum fecisse, qui rem furtivam efferens deprehensus est; suppositiam non esse, quae materno lacte nutrita est. Contingens, cuius consequentia probabilis est, veluti; caedem fecisse, qui cruentatus est; Atalantam virginem non esse, quod cum adolescentibus spatietur sola per sylvas. Necessaria, quoniam necessariam consequentiam habent, ob id ipsum necesse est, tam in criminibus, quam in civilibus causis locum sibi vindicare. Contingentia vero, quanquam singula fidem non faciant, plura tamen coniuncta crimen manifestare possunt. Et haec in libris nostris praesumtiones appel-

Vide Menoch. 1 Praesumt. 97. et de arb. iud. cas. 279. Gomes. 3. resol. 12. n. 25. Clar. § fin. q. 20. n. 5 Farin. qu 86. et 120. Tiraq. de poen. caus 27. Mornac. in l. 7. de probat. Duar de prob c. 8. 10. Grivel. dec. 93 Sarm 1. sel iut. 1 et 7. c. 7. Sand 5. tit 9. decis. 14. Cicer in Topic.

lantur; praesumtio enim nihil est aliud quam argumentum verisimile, communi sensu perceptum ex eo, quod plerunque fit, aut fieri intelligitur. Rem uno atque altero exemplo declarabimus. Occisus est Kalendis Maevius Titius perempti inimicus fuit, eidem saepius non solum interminatur, sed et insidiatus est. Cum deprehenderetur iisdem Kalendis in loco caedis cruentatus, cum gladio cruento, ad mensuram vulneris facto, toto vultu expalluit, interrogatus nil respondit, trepide fugit. Hinc singula quidem argumenta infirmiora sunt, universa tamen caedis auctorem Titium evidenter designant; recteque Duarenus dixit, non dubitaturum, se hunc reum carnifici iugulandum dare. Simile est istud: Clodius cum Pompeia, nudus cum nuda, reperti sunt in eodem cubili: praeteriit id momentum, quo turpitudo perfici potuit. Iam olim ille mulierem dederibat, ad stuprum per literas sollicitaverat. Quis dubitet utrumque adulterii damnare? aut quis adeo communis sensus expers, ut ignoret, nox, vinum, amor, mulier, adolescentulus quid soleant? Nequaquam igitur probanda Senatus Dolani haesitatio, qui vitricum incestus cum privigna reum damnari capitis non sustinuit, cum tamen arguerent flagitium viciniae fama, querimonia uxoris, oscula lasciva, ipsa denique societas lecti. Longeque rectius Menedemus ille comicus, cum audisset filium solum cum meretrice sola conclave ingressum, non dubitavit de congressu utriusque subsequuto. Eundemque in locum cum vetus interpres adnotet, magnum argumentum quintae lineae amoris esse, quod solus fuerit eum sola; nonne maximum et gravissimum debet videri, si reliqua quoque quae diximus concurrant? Romanorum sane, quorum utimur, hunc fuisse sensum, probant vel Rhetorum praecepta, qui topica seu argumentorum locos tam diligenter auditoribus suis inculcant; probant oratorum libri, qui fere toti in argumentando sunt occupati: frustra profecto si probandi vim in causis criminalibus argumenta non habent. Ut specimen exhibeamus, loca aliquot insignora, quae nunc festinanti occurrunt, non pigebit

Gomes. ad leg Faur. 80 n. 16. Diss. Arg. ar. 41. gl 1. n. 7. Grivel. decis. 23.

adponere. Quintilianis v *Inst. orat.* XXII. *Firmissimis argumentorum singulis instandum, infirmiora congregandu sunt, quia illa per se fortia non oportet circumstantibus obscurare, ut qualia sunt, adpareant: haec imbecilla natura mutuo auxilio sustinentur. Itaque si non possunt valere, quia magna non sunt, valebunt, quia multa sunt, quae ad eiusdem rei probationem spectant; ut, si quis hereditatis gratia hominem occidisse dicatur: Hereditatem sperabas, et magnam hereditatem, et pauper eras, et tum maxime a creditoribus appellabaris, et offenderas eum, cuius heres eras, et mutaturum tabulas sciebas. Singula levia sunt, et communia, universa vero nocent, etiamsi non ut fulmine, tamen ut grandine.* Idem *cap.* IX., *Signum est, per quod alia res intelligitur, ut per sanguinem caedes. At quia sanguis, vel ex hostia respersisse vestem potest, vel e naribus perfluxisse, non utique qui vestem cruentam habuerit, homicidium fecerit. Sed ut per se non sufficit, ita ceteris adiunctum testimonii loco ducitur, si inimicus, si ante minatus, si eodem loco fuit. Quibus signum cum accessit, efficit, ut quae suspecta erant, certa videantur.* Cicero in *Topicis*: *Est etiam genus argumentorum aliud, quod ex facti vestigiis sumitur, ut telum, cruor, clamor editus, turbatio, permutatio coloris, oratio inconstans, tremor, et eorum aliquid quod sensu percipi possit, etiamsi praeparatum aliquid si communicatum cum aliquo, si postea visum, auditum, indicatum. Verisimilia autem partim singula movent suo pondere, partim etiamsi videntur esse exigua per se, multum tamen cum sunt coacervata proficiunt.* Idem IV *Rhet. ad Heren*; *Eiusdem generis est illa frequentatio, quae plurimum coniecturalibus causis opitulatur, cum suspiciones, quae separatim dictae, minutae, et infirmae erant, unum in locum coactae, rem videntur perspicuam facere, non suspiciosam. Nam unum aliquid aut alterum potest in reum casu cecidisse suspiciose: ut omnia inter se, a primo ad postremum conveniant maleficia, necesse est casu non posse fieri.* Idem II. *de orat.*, *Si et ferro interfectus ille, et tu inimicus eius cum gladio*

cruento comprehensus es in illo ipso loco, et nemo praeter te ibi visus est, et causa nemini, et tu semper audax; quid est, quod de facinore dubitare possimus? Haec veteribus depromta testimonia sufficiant: confirmemus nunc sententiam nostram ex libris Justiniani. In his in primis occurrit *L. ult. C. de probat.* saepicule iam laudata; in qua aperte rescriptum est posse crimina vel idoneis testibus, vel apertissimis documentis, vel indiciis indubitatis, et luce clarioribus probari. Idem traditur *L. 2. C. Quor appell. non recip.* Observare curabis, ne quis homicidarum, veneficorum, maleficorum, adulterorum, itemque eorum, qui manifestam violentiam commiserunt, argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus audiatur appellans. Praeterea in *L. 1. §. idem Cornelio D. de quaest, L. 5. §. in barbaris D. de re milit., L. ubi falsi 22. C. ad L. Corn. de fals.* diserte argumentis quoque vis probandi tribuitur. Postremo cum leges videamus nonnullos unico indicio et argumento damnari velle, non dubitandum amplius, si omnia indicia et argumenta in unum concurrant? Ita enim, si caedes facta sit, et dubitetur de proposito, unico, argumento reum damnari iubet Hadrianus in *L. 1. §. Divus D. ad L. Corn. de Sic, Si gladium strinxerit, inquit, et eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse.* Si termini moti sint, et quaeratur de dolo, siquidem splendidiores sint qui fecere, non dubie occupandorum finium causa fecisse censentur, *L. 4. D. de. term. mot.* Si consiliarii iudicum, cancellarii atque domestici post depositam administrationem quinquaginta dies in provincia non remanserint, pro confessis haberi vult *L. 3 C. de off. adses.* Si quis post tres ex scripto denuntiatiationes a marito factas, cum uxore eius inventus fuerit, ex hoc Lege Julia de adulteriis puniri iubetur, *Nov. 117 c. ult.* Si qui post adulterii crimen proximitatis optentu depulsum, nuptias contraxerint, facinus eos manifesta fide, atque indiciis evidentibus publicasse censet L. 34. *C. ad. L. Jul. de adult.* Haec loca ut eludant dissentientes nonnulli, dupliciter re-

spondent; vel proponi ibi casus a regula exceptos, vel non argumenta proponi sed praesumtiones iuris et de iure; id est, eiusmodi praesumtiones, quibus non tantum arguat, sed et statuat Legislator. Frustra; unde enim probabunt casus a regula exceptos hos esse, cum regulam ipsam probare nequeant? Iam ut demus, Legislatores his locis non solum arguere; sed et statuere; ecquid propterea in exemplum trahi non possunt quae ab illis facta sunt, ut quemadmodum illi indiciis et argumentis usi sunt in legibus ferendis, ita nec iudici id liceat in causis disceptandis? In primis cum nec nova omnino sint, quae ad illis constituta sunt, sed olim quoque necessariam arguendi vim habere visa sint, ut ex epigrammatis quibusdam Poetae colligere licet, qui nuptias cum adultero contractas pro confessione flagitii habet. Ita enim IV. *Epigr.* XII. scribit·

Privignum non esse tuae te, Galle, novercae
Rumor erat, coniux dum fuit illa patris.
Non tamen hoc poterat vivo genitore probari
Iam nusquam pater est, Galle, noverca domi est.
Magnus ab infernis revocetur Tullius umbris,
Et te defendat Regulus ipse licet,
Non potest absolvi; nam quae non desinit esse
Post patrem, nunquam, Galle, noverca fuit.

Et XII. *Epigr.* XXII.

Quod nubis, Proculina, concubino,
Et moechum modo, nunc facis maritum,
Ne Lex Julia te notare possit,
Non nubis, Proculina, sed fateris.

Postquam igitur sententiam nostram confirmavimus, profligemus etiam adversariorum obiectiones. Obiiciunt, *Ex suspicionibus nemo damnandus est. L.*
3 5. *D. de.poen* Respondeo; aliud suspicio est, aliud argumentum necessarium. Suspicio in alieno pectore est: argumenta ex re ipsa ducuntur. Eleganter Plautus *in Trinummo.*

Ne admitiam culpam, ego meo sum promus pectori
Suspicio est in pectore alieno sita.
Nam nunc ego si te surripuisse suspicer.

Jovi coronam de capite e Capitolio,
Quod in culmine astat summo: si id non feceris,
Atque id tamen lubeat suspicarier,
Qui tu prohibere me potes ne suspicer?

Obiiciunt secundo, *Tantam esse indiciorum varietatem, ut ad liquidum perduci non possint, nisi relinquantur arbitrio iudicis, id ipsum autem cum iudici invidiosum, tum reo perniciosum fore.* Miror esse, qui hoc obiiciant, cum Papinianus id, quod illi absurdum putant, duobus locis aperte responderit; nempe, facti quaestionem in arbitrio iudicantis esse, licet poenae legum auctoritati reserventur, *L.* 1. §. *quorum D. ad SC. Turpil.*, *L. ordine* 15. *D. ad municip.* Miror etiam non animadvertisse, quae de testimoniis, et probationibus in universum tradiderit Callistratus in *L.* 3. *D. de testib.*, *Eum* scilicet *qui iudicat, magis scire posse, quanta fides habenda sit testibus.* Et, *quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri posse; ideoque non ad unam probationis speciem cognitionem alligari debere, sed iudicem ex animi sui sententia aestimare debere, quid aut credat, aut parum probatum opinetur.* Non igitur nobiscum iam illis res est; sed cum Papiniano, cum Callistrato, cum Hadriano denique Imperatore; cuius rescripto Callistratus responsum suum munit. Horum illi sententiam tanquam absurdam impugnant. Tertio instant, *At enim experimentis innumeris cognitum est, quam periculosum sit, ultima de morte arbitria ex argumentis fieri. Nec novum, ut quae disputando placuerint, ea in experiundo repudiemus.* Respondeo; quasi vero non etiam experiundo placuerit haec sententia Romanis, aut quod ratione recta nititur, id experiundo absurdum videri possit. Quae speciosa magis, quam vera ratione nituntur, ea si periculum facias, alia fortasse invenies, quam dudum visa erant. At quae recta ratione constant, non possunt non eadem esse, si experiare. Quarto, pro eisdem adferri poterat ea Rhetoribus et quotidiano usu depromtum istud: *Singula indicia et argumenta fere tabulis, testibus quaestionibus probanda esse;*

frustra ergo argumentis solis vim probandi tribui. Respondeo; ut maxime indicia, et argumenta tabulis, testibusve confirmentur, non tamen proptcrea argumentis vim arguendi, ac probandi demi posse; nam et ipsis testibus, et tabulis multa a patronis reorum opponi solent, quamobrem fides eis adhibenda non sit; nec tamen propterea dixeris, testes solos probandi vim non habere. Ut enim quae patronus testibus obiicit, refellit accusator; ita quae argumenta patronus eludere conatur, firmare quibuscumque adminiculis potest accusator. Adminicula ista firmant argumenta; ipsa porro arguunt crimen, convincunt reum. Nec tamen id perpetuum, ut argumenta indigeant adminiculis; possunt esse quaedam ita perspicua, vix ut ipse reus ea inficiari possit. Quinta et ultima obiectio eorum est, qui mediam viam sequuti dixerunt, argumentis convictum neque dimittendum, neque ordinaria poena puniendum, sed mitius extra ordinem plectendum. *Ordinaria poena, inquiunt, adficiendus non est, quoniam non apertissima probatione convictus est. Nec tamen absolvendus, quoniam suspicione criminis laborat; cives autem non solum a crimine, sed et suspicione criminis abesse decet. Lysander* inquiunt, *cum miles agmen excessisset, puniri eum iussit. Cum quereretur se nil rapuisse, respondit: Nec rapturi speciem praebere oportet. Caesar cum uxorem ob suspicionem adulterii repudiasset, idcirco se id fecisse dixit, quod existimaret a suis non solum flagitium, sed et suspicionem flagitii abesse debere.* Respondeo; in hac ratiocinatione sumunt illi sibi, quod nullo modo probant; nempe, argumentis non posse crimen ad liquidum deduci, et plenissime probari; cuius contrarium nos iam ante demonstravimus. Exempla autem proposita nihil ad propositam quaestionem faciunt; miles enim non tam idcirco a Lysandro punitus est, quod suspicionem rapinae praebuisset, quam quod agmine excessisset; quod vel solum militare delictum est, *L.* 1. §. *in bello D. de re milit.* Nec punita Caesaris uxor extra ordinem, quod suspicionem adulterii praebuisset, sed repudia-

Fab. C. de poen. def. 6.

ta duntaxat a marito, quod ille et absque suspicione facere vel bona, vel mala gratia poterat. Ceterum si suspicio ad poenam extraordinariam sufficeret, sequeretur omnes Sempronias, quae psallunt et saltant elegantius, quam necesse est probis; aut Pustumias, quae propter cultum amoeniorem, ingeniumque liberius quam virginem decet, parum adhorrent impudicarum famam, extra ordinem puniendas esse. Id autem dixerit sanae mentis nemo. Quare ut concludamus, his mediae sectae defensoribus hoc dilemna opponimus. Aut crimen probatum est argumentis, aut probatum non est. Si probatum est, nulla causa est, cur ordinaria poena infligi non debeat. Si probatum non est, nullus puniendi locus relinquitur, sed aut in reum amplius inquirendum, aut sententia iudicis absolvendus est. Atque ita subversis communis opinionis fundamentis, necessario corruit et altera priori adfinis, et fere connexa, qua dicunt, *Etsi in civilibus causis, quae singula non probant, coniuncta fidem faciunt in criminalibus tamen plures imperfectas probationes coniunctas non posse efficere, ut reus poena ordinaria, aut corporali puniatur. Cum enim in criminalibus apertissimae probationes desiderentur, non posse ibi sibi vindicare locum illud vulgatum. Quae non prosunt singula, multa iuvant.* Nos utrumque iam ostendimus, et esse probationem perfectam, quae fit argumentis, et posse plura coniungi convincendi rei gratia. Quare ne actum agamus, manum de tabula tollimus; illud ante admonentes, en exspectet lector a nobis singulorum argumentorum enarrationem, sed ad Rhetores, qui ea diligenter exsequuti sunt, adire cognoscendi caussa dignetur (1).

Improbat dilemma Argent. art 41. gl. 1. n. 11.

5

Clar. §. fin. q. 63. n. 9. Gomes. 3. resol. 12. n. 26.

Menoch. 1. praesumt or. Myns. 5. obs. 33. Gaill. 1. obs. 108. in fin. Conf. Menoch. cas. 492.

---

(1) Quae ad probationem per iudicia attinent, late exposui in meo *de indiciis, eorumque usu in cognosc. crimin. lib. sing:* cui praeceteris adde Filangieri *loc. cit.* Attamen Leopoldus in laud. *Cod. art.* 110. reo indiciis tantum convicto extraordinariam poenam iubet irrogari, quo ipso confirmavit Pragmaticorum opinionem, quam Auctor impugnat, nec non conformem quampluriu

CAPUT VII.

De Iureiurando, Confessione, Duello, et similibus,

1. *Iureiurando decisorio locus est in criminibus.*
2. *Confessio non est probationis species.*
3. *Damnantur experimenta ferri candentis, aquae, duelli, et similia.*

Exposuimus tres probationum species, testes, tabulas, et argumenta; quarum priores inartificiales sunt, tertia artificialis. Videamus an praeter eas sint aliae; dubitari enim poterat de iureiurando, de confessione, duello, ferro candenti, aqua ferventi, et similibus; de quibus breviter et carptim aliquid dicemus.

Iusiurandum quod attinet, sive id sit voluntarium,
1 et necessarium, sive indiciale, legitimae probationis species non est; supplet tamen probationum locum in causis civilibus, *L.* 1., *L.* 5. §. *dato*, *L.* 9. §. 1., *L.* 25., *L.* 30. 31. *D. de iureiur.*, *L.* 3. *C. eod.* In criminalibus vero nec locum probationum supplet, sive enim reo deferatur, sive actori, non caret ea res manifesta captione. Quid enim iniquius, quam aut nocentem praestio iureiurando absolvi, aut innocentem ex iureiurando actoris condemnari? Et ideo Praetor quoque

---

tribunalium praxim. Ut autem in hac magni equidem momenti quaestione et ipse iudicium meum preferam, existimarem, probationem, quae indiciis tantum probabilibus innititur, eiusmodi haud esse, ut capitali supplicio subiici reus debeat. Probatio enim, quae per indicia conficitur, tota artificialis est, ac omnino abs iudicis ingenio atque arbitrio pendet, nec aliquam a lege determinationem recipere potest, quemadmodum probatio per testes et instrumenta. Non videtur itaque satis civili libertati consultum, ut poena, quae omnium maxima est, quaeque semel illata nullam admittit reparationem, illi irrogetur, de cuius reitate, conquisitis tantum probabilibus argumentis, sine testibus, sine tabulis, sine confessione constiterit. Consul. meas *observat.* ad *cit.* Leopold. *Cod.* sub *art.* 51. Vid. Not. *ad lib.* 48., *tit.* 2., *cap.* 4. *num.* 5. vers. 3.

in edicto, quo iusiurandum tuetur, tantum de actione, non de accusatione loquutus est. Nec apud veteres Romanos ullum huius rei exemplum legimus. Rhadamanthus quidem, ut Plato scribit, iureiurando in singulis causis a litigantibus requisito cito simul ac toto iudicare solebat. Verum, ut Plato addit, illis temporibus Deos esse, omnes uno ore homines confitebantur; erant enim multi ex Diis progeniti, quorum in numero ipse etiam Rhadamanthus habebatur. Nunc vero alii Deos esse negant, res humanas curare non putant plurimi vero et pessimi vilibus hostiis multisque blanditiis ita conciliari sibi eos existimant ut impune liceat grandem pecuniam extorquere. Eam ob causam, inquit, prudens Legislator tam intentionem accusatoris, quam defensionem rei sine iureiurando iubebit adimpleri. Quod si Platoni homines sui seculi tam impii et degeneres visi sunt, quid de nobis dicturum fuisse existimabimus, qui licet Christianis sacris imbuti, Deum trinum omnes novissimum paucissimi tamen sunt, qui periuriis, peculatu, fraudibus ditescere horreant? Sed Plato quidem nec civiles causas iureiurando voluit decidi; ius nostrum civiles causas iureiurando decidi permittit, quoniam reipublicae praeiudicium non fit; periorium porro satis Deum ultorem habet; accusationes vero non aeque sacramento decidi permittit, ne aut insons damnatur, aut sons publicae vindictae eripiatur. Interpretes tamen tradunt, iudiciale iusiurandum (quod suppletorium illi vocant, quoniam inopiam probationum supplet) reo deferri posse in iis criminibus quorum poena pecuniaria est· Alii posse etiam accusatori deferri, si honestus sit, et plusquam semiplene probaverit: Ex. gr. si praeter unum testem, variis praesumtionibus atque indiciis reus, praematur. Verum, quoniam sententiam suam nullis firmant legibus non putaverim temere eis auscultandum. Uno sane casu reo iusiurandum defertur; nempe iudici, cui litigator dedisse, aut promississe aliquid se dicit, si id probare non possit *Auth. novo iure C. de poen. iud. qui mal. iud.* Sed cum ea constitutio no-

Plat. 12. de leg.

Menoch. cas. 404. n. 10. Gomes. 3. resol. 1. n. 9. Mins. 2. obs. 87. Clar. § fin. qu. 63. n. 3. Ios in l. admonendi n. 3. Zas in l. 1 art. praetor de iurai.

va sit, et singularis, vix est, ut ad consequentiam produci possit.

2 Confessio quoque rei, sive ea tormentis expressa sit, sive reus ultro crimen in iudicio confiteatur, non tam probatio est, quam relevat accusatorem ab onere probandi. Habetur enim confessus pro convicto (1). *L. 5. D.custod. reor.*, *L.proinde* 25. §. *ult. D.ad Leg. Aquil.* Igitur vere convictus non est. Verum de utraque confessione, tam extorta, quam spontanea commodior erit dicendi locus *Tit. seq. de Quaestionibus.*

3 Prorsus autem impium atque illicitum est, velle causas decidere commissa inter accusatorem et reum pugna, aut ferro candente aqua fervente, aliisve similibus experimentis vel iudicare de causae aequitate. Praeterquam enim quod incertae fortunae aleae non debet committi, quod ratione tractandum est, etiam arcanum divinae providentiae magna impietate pulsatur. Tentat enim Deum, quisquis potentiae eius, sapientiae, et voluntatis periculum facit, cum non est necesse. Id autem faciunt, qui quod iurisdictione componi poterat, committunt ferro aut aquae; ut mirandum sit, ne hodie quidem in orbe Christiano barbarum istum ad arma provocandi morem omnino sublatum, atque extinctum esse.

CAPUT VIII.

De probatione innocentiae.

1. *An innocentia probari possit?*
2. *Quomodo probetur, et quanto facilius, quam crimen?*
3. *Cur placuerit faciliorem esse probationem innocentiae?*
4. *Quis usus et utilitas huius probationis?*

Hactenus de probando crimine egimus; nunc videndum quemadmodum reus probet innocentiam; videndum autem idcirco, quoniam secundum interpretes

(1) Vid. *not. ult.* ad *tit.* 13. *cap.* 7.

longe facilior atque expeditor labor est. Sed ante videndum an sit ulla innocentiae probatio; quoniam negantis per rerum naturam nulla dicitur probatio, *L. asseverato* 10. *C. de non num. pec.*; negat autem crimen reus. Et ideo Asconius III. *Ver.* scribit; testes tabulasque facti dari solere; non facti non dari testes, nec prodesse a parte defensoris; quid ergo facit, inquit, pro defensore oratio? Hic obex ita amoveri poterit, si adhibita distinctione dicamus, directe quidem inficiationem criminis et innocentiam probari non posse: posse tamen oblique, argumento ex affirmatione ducto. Nam aut reus simpliciter factum negat, aut factum fatetur, sed iure factum contendit. Priori casu frustra testes tabulasque dabit; posteriori doceat necesse est, quod asseverat. Adhaec, cum simpliciter negat factum, tametsi testes tabulasque non facti dare non possit, potest tamen facti dare, dein arguere, non posse simul stare quod accusator factum intendit, cum eo quod ipse iudices docuerit. E. g. Kalendis Martiis Romae fecisse caedem arguor; produco testes, qui me eo die viderunt Athenis; nemo dubitabit, non potuisse me eo die Romae caedem facere, quo die fui Athenis. Ita Roscius filius, cum diceretur occidisse patrem, defensus est a Cicerone hoc argumento: A coena rediens occisus est ad balneas Palatinas pater; ruri fuit filius; igitur filius non occidit patrem. Alcibiades accusabatur, quod visus esset noctu evertere statuas; probavit ille noctem eam illunem fuisse, eo ipso probavit, visum se non esse ab adversarii testibus. Atque haec causa est, quamobrem legum conditores non simpliciter dixerint, actori incumbere probationem; sed latius, ei qui dicit, *L.* 2. *D. de probat.*, reus enim non semper negat simpliciter; saepe ita negat, ut simul dicat, vel excipiat; quo sane casu exceptionem suam probare tenetur, *L. siquidem* 9. *C. de except.*, *L.* 5. 12. 17. 18. §. 1. 19. 22. *D. de probat.*, *L.* 16. *C. eod.* (1).

---

(1) Nimirum fieri quandoque potest, ut reus factum inficietur à

2 His praemissis inductione ostendendum, cur faciliorem innocentiae, quam criminis probationem dixerimus. In primis id inde elucescit, quod accusatori ad accusandum duae tantum dilationes dentur; reo ad defensionem tres concedantur, *L. ult. D. de fer*. Adhaec terminus secundae dilationis accusatori plane fatalis est, nec post terminum ad probandum crimen admittit. Reus et post terminum dilationis, et post conclusionem in causa, et post sententiam, uno verbo, quandocunque ad demonstrandam innocentiam admittitur. Post sententiam tamen non tam ipso iure, quam beneficio Principis liberatur; nec enim Praeses, vel alius, qui iurisdictioni criminali praeest, sententiam suam ipse rescindere potest, *L.* 1. §. *si quis ultro*, *L. unius* 18. §. *cognitorum D. de Quaest*, *L. Divi D. de poen*. Praeterea secundum interpretes crimen indiciis et argumentis probari nequit: innocentiae fides etiam argumentis, indiciis, et praesumtionibus fieri potest. Verum cum nos istam interpretum doctrinam iam ante refellerimus, consentaneum est, ut differentiam quoque hanc criminis, et innocentiae probandae reiiciamus. Sequelam ta-

Gomes. resol. 13 n. 33. Menoch. 5. praes. 43.

Menoch. d. l. Maschard. concl. 905 n. 16. Clar. §. fin. qu 66 n. 15. Gomes. l T. 80. n. 17. Chass. p. 255. Cic. pro

---

ac insuper aliquid addat, propter quod criminis accusatio stare non possit. Haec hypothesis in exemplo de Roscio parricidi accusato, quod auctor in medium protulit, optime deprehenditur. Roscii enim defensor Cicero postquam inficiatus esset filium Patrem occidisse illud quoque probare sategit, ut Roscius ruri esset eo tempore, quo eius pater a coena rediens ad balneas palatinas occisus fuit. In hac autem facti specie illud non inopportune quaeri potest I. Utrum ob speciale factum a reo affirmatum, quod cum accusatione consistere nequit, nulla obiecti criminis probatio accusatori incumbat. II. Utrum deficiente reo in huius facti probatione, obiectum crimen veluti probatum haberi debeat, et iudex reum tuta conscientia damnare possit? ad primam quaestionis partem quod attinet, animadverto, reum, post obiecti criminis inficiationem confirmet, suamque probet innocentiam. Non ergo accusatori hoc ipso remissa est probandi necessitas. Ad alteram vero quaestionis partem sermonem converteus in ea sum sententia, ut defectus probationis ex parte rei non illico efficere possit, ut reus, tuta conscientia, damnetur, nisi insuper accusator plena probatione crimen instruxerit. Utroque igitur in probatione deficiente, adhuc absolutionem rei, saltem *ab instantia*, ut inquiunt, consequi debere, dicendum est.

men hanc non improbamus: Si crimen argumentis probari potest, ergo multo magis innocentia. Favorabilior enim est defensio accusatione. Exemplum apud Ciceronem occurrit de Cloeliis fratribus, qui a crimine parricidi hoc solo argumento absoluti sunt, quod in eodem cubiculo, in qua pater caesus erat, reperti fuerint aperto ostio dormientes. Calidius quoque Bononiensis, ut est apud Valerium, in cubiculo mariti noctu deprehensus, cum ob id causam diceret, levi defensionis genere emersit. Affirmavit enim se ob amorem pueri servi eo esse perductum; itaque licet multa essent suspecta, tempus, locus, persona, aetas; tamen crimen adulterii libidinis intemperantis confessio dissolvit. Hoc amplius crimen iureiurando non probari, innocentiam probari nonnulli tradunt. Id quam verum sit, praecedenti capite dictum est. Quantum vero ad illam speciem probationis attinet, quae per testes fit, inter crimen, et innocentiam tres apud interpretes differentias reperio. Prima, quod accusator criminis probandi causa testes non possit producere ad perpetuam rei memoriam; reus possit probandae innocentiae gratia. Secunda, quod crimen uno teste probari non possit; innocentia possit. Tertia quod crimen non probetur nisi per testes exceptione maiores; innocentiam etiam per testes minus idoneos, imo per quamlibet semiplenam probationem. Quam tamen differentiam non omnes admiserunt, eo quod absurdum videretur, produci a reo illos, quibus omnino adempta est testimonii dictio. Postremo inter accusatorem et reum hoc quoque agnoscunt discrimen, quod accusatori causa cognita abolitio concedatur et venia omittendi accusationem, *L. 10. C. ad SC. Turpil.*, *L. 2. C. de abolit.*, *L. 16. et 30. C. ad Leg. Jul. de adult.* Reo autem defensionibus suis renuntiare non liceat, nec volenti perire concedatur, *arg. L. liber. homo 13. D. ad Leg. Aquil.*, *L. 23. §. excipitur et ille D. de aedi ed*, *L. non tantum 6. D. de appel.*

Val. 8. cap. 1.

Masc. d. concl. 505. n. 18.

Farin. quaest. 76 part. 4. 3

Farin. quaest. 63. n. 41. et seqq. Masc de concl. 905. n. 1. et seqq.

Chass. p. 252. Clar. §. fin. quaest 24

Farin quaest 62. n. 90.

Gomes 3. resol 12. n. 23

Menoch. 2. arb. cas. 587.

Gomes. d c. 13. n. 34.

Videamus qua aequitate propositae differentiae nitantur. Non obscura est, nec laboriosus investiganda. Constat, quantum ad merita causae attinet, fa-

TIT. XVI.

DE QUAESTIONIBUS.

CAPUT I.

De Confessione spontanea.

1. *Confessus pro convicto habetur.*
2. *Si crimen adpareat.*
3. *Et in iudicio confessus sit.*
4. *Quid si coram Notario?*
5. *An in uno iudicio facta praeiudicet in alio?*
6. *Quid si aliud crimen confessus sit?*
7. *Quid si coram iudice incompetente?*
8. *Quid si non interrogatus confitentur?*
9. *Quid si contumaciter tacuerit?*
10. *Aut non responderit ad rem?*
11. *Quid si minor sit annis XXV.?*
12. *An minor restituendus adversus confessionem?*
13. *An procuratoris confessio noceat domino?*
14. *An una confessio sufficiat ad condemnationem?*
15. *An deferendum ante iuramentum calumniae?*
16. *Quid si confessio elicita sit spe veniae?*
17. *An confessio noceat heredi?*
18. *An fugiens e carcere habendus pro confesso?*
19. *An testis crimen confessus habendus pro convicto?*
20. *An confessio dividi possit?*

Confessio omnis vel spontanea, vel extorta est. Spontanea, cum quis nullis adhibitis tormentis crimen [1] confessus est. Extorta, cum admotis fidiculis, seu tormentis. De spontanea notanda haec regula. Si quis crimen in iudicio interrogatus fateatur, cum pro convicto haberi, *L.* 5. *D.de custod. reor.*, *L.proinde* 25.§.*ult. D.ad Leg. Aquil.*, *L.*1. §.*si qui ultro D.de Quaest.*, *L. servos* 8. *C. ad Leg. Jul de vi*, *L. qui sententiam* 16. *C. de poen.*, *L. si quis in hoc.* 10. *C. de episc.et cler.*, *L.* 7. *C. Th. quor. appell. non recip.* Salust., *De confessis more maiorum, sicuti de manifestis rerum capitalium, supplicium sumendum.* Cui regulae nequaquam adversatur D.Severii rescriptum, quo prohibemur confessiones reorum pro exploratis facinoribus habere, *D. L.*§. *D. Severus D. h. tit.*, multa enim responderi possunt, vel rescriptum intelligendum

[1] Gomes. 8. resol. 1. n.3. Clar. §. fin. qu. 4. 55. 65. Mascard. concl.348.n. 16.Farin qu. 81. part. 1. Conf.Quint. dec 314 Tertull.adv.gent pag. 12.

2 de confessione extorta, idque argumento eius rubri-
Morn. in 25. cae, sub qua rescriptum refertur; vel de confessio-
§ ult. D ad Aquil Mod ne extra iudicium facta; vel denique de eo casu
Pis' qu. 127. quo non adparet crimen, quod reus confessus est (1).
Class. 216. Itaque ne existimemus quamcunque confessionem ad condemnandum reum sufficere, distinctius et per partes regula nobis explicanda est. Ante omnia requiritur, ut crimen adpareat, quod quis perpetrasse se confitetur; nonnulli enim perire volentes, fingunt se admisisse, quae non admiserunt; velut olim Primitivus ille servus, metu ad dominum revertendi, homicidium se fecisse commentus est, *d. L.* 1. §. *si quis ultro D. de Quaest.* Ita, Valerio narrante, M. Agrii argentari servus Alexandrum C. Fannii servum occidisse confessus est, mox ubi supplicio affectus esset, ille de cuius nece creditum erat, domum rediit. Diligenter igitur cavendum iudici, ne supplicium praecipitet, antequam de crimine constiterit, *L.* 1. §. *item illud* 24., *L.* 5. §. *non alias D. de SC. Silan.*, constare autem non dicitur, simul atque de facto constiterit;
Farin. quaest. 8. n. 40. Farin. quaest. 82. cap. 1. etiam de dolo et causa facti liquere debet. Quid enim si confiteatur quis occidisse Titium, cum potuerit vel dolo tanquam inimicum occidere, vel iu-
3 re tanquam latronem, non erit pro confesso habendus ob id quod occidisse confessus sit, sed quod occidisse dolo. Quare recte interpretes praecipere videntur, ut iudex cum reus imperitior est, non solum inter-

(1) Nec de confessione tormentis extorta, nec de confessione extraiudiciali, nec de ea, quae ad crimen, quod non adparet, refertur, loquitur Severus in laud. rescripto. Non de confessione tormentis extorta, cum de hac in ead leg. agat. JCtus sub §. 23. Non de confessione extraiudiciali, cum reorum confessiones proprie sint, quae in iudicio proferuntur. Ibi enim Persona criminis accusata *reus* vere dicitur, et hinc confessio extraiudicialis hominis, non *rei* confessio sit. Non denique de confessione, quae ad crimen, quod non adparet, refertur. Prius namque oportet, quod crimen sit, quam in eius auctorem inquisitio exerceatur. Vid. L. 1. § 24 D. *de SCto silanian.* etc.; confessio autem rei tunc in iudicio emitti potest, cum iudicantis religio non de crimine, sed de eius auctore instruitur. Vid. *cit. de indic.* etc. *lib. sing. pag.* 94. et *seqq*, ubi pluribus hanc quaestionem pertractavi.

roget, an fecerit, sed et cur fecerit, et cui bono. Se-
cundo requiritur, ut confessio facta sit in iudicio.
Nam si in civilibus causis confessus extra iudicium
pro iudicato non habetur, quanto minus in causis
criminalibus? Quam multi enim sunt gloriosi militis
similes, qui triginta Sardos, sexaginta Macedones,
centum Cilices uno die occidisse se gloriantur, atque
etiam elephanto in India pugno perfregisse femur:
quos poena potius, quam commiseratione dignos di-
xerit nemo. Sane si id quod iactant, ad alterius infa- Menoch. r.
miam pertineat, veluti si Tharso aliquis glorietur de de arb. cas.
spoliis matronalis pudoris; iniuriarum eos conveniri 331.
posse dixeris. Hactenus enim ineptiae eorum feren- 4
dae sunt, quatenus existimationem virorum honesto-
rum non suggillant. Huic autem sententiae illud con-
sequens est, confessum apud notarium, nequaquam
pro convicto habendum esse; neque enim notarius
iudex est, nec scriptura eius actorum nomine gaudet,
ideoque, ut est in *L. cum scimus* 22. *C. de agric. et
cens.* ne adscriptitium quidem scriptura tabularii fa-
cit, tantum abest ut reum. Quid tamen si iudex man-
daverit notario ut reum interroget? Utique eo iure, Farin. quaest. 81, n. 46.
quo hodie utimur, confessus pro convicto habendus
erit; potest enim hodie imperium merum mandari.
Iure Romano non aeque pro convicto habebitur, quo-
niam eo iure, nonnisi uno alterove casu, partes im-
perii meri mandari possint, *L.* 1. *D. de off. ei. cui mand.
est iurisd.*, *L. solent.* 6. *D. de off. procons.*

Difficilior videtur illa dubitatio, qua interpretes 5
ambigunt, utrum confessio in uno iudicio facta, prae-
iudicet reo alio iudicio? Certum est, in civilibus iu-
diciis praeiudicare; ita enim colligitur ex *L. pen. C. de
lib. caus. L. pen. § ult. C. de recept. arb.*, sed an idem dicen-
dum in criminalibus? aut si reus in civili iudicio cri- Clar. §. fin.
men confessus sit, an si postea eiusdem criminis ac- q. 54. Ma-
cusetur, pro convicto habendus? Ita quidem multis scard. concl. 338. n. 19.
visum, sed est eorum sententia durior, rectiusque a- et concl 348
lii dixerunt, eam confessionem indicium ad tortu- per ot. t Fa-
ram facere, ad condemnationem non sufficere. Horum rin. d. qu. 81. n. 95.
sententia confirmari potest ex *L. ult. C. de testib.*, istiu- lmb. 1. Inst. 3

amodi argumento. Si testes in uno iudicio (quamlibet civili) producti, fidem non faciunt in alio iudicio, sed siquidem superstites sint; iterum interrogandi sunt: Ergo multo magis reus superstes iterum interrogandus est, nec confessio in uno iudicio facta praeiudicabit eidem in alio. Accedit quod interrogatio fuerit quasi pars substantialis iudicii criminalis; legibus enim interrogari dicebantur, qui accusabantur, unde nequaquam fit verisimile, confessionem in alio iudicio factam potuisse sufficere ad condemnationem. Nec obest, quod in civilibus iudiciis ita res obtineat, ut confessio facta in uno iudicio noceat reo in alio; recte enim ab interpretibus traditum est, argumentum a civilibus iudiciis ad criminalia negative quidem procedere, affirmative non aeque. Nam cum sint crimina causis civilibus graviora, recte ita arguemus: Si non licet in iudicio civili, ergo multo minus in criminali. At, si civilibus permittitur, ergo id idem permittendum in criminalibus; vitiosa ratiocinatio est.

6 Eo amplius etsi iudicio criminali reus confessus sit aliud crimen, quam cuius insimulabatur, non erit pro confesso habendus, si eius criminis quod confessus est, novo iudicio reus fiat. Ex. gr. Calidius aliquis Bononiensis, ut effugiat poenam gravioris criminis, confessus est levius, atque ita absolutus a graviore: Si postea accusetur levioris, non est habendus pro convicto, cum fieri possit, ut vel per mendacium levius crimen agnosceret, quo magis effugeret poenam gravioris.

Tertio requiritur, ut confessio facta sit interrogante Iudice competente; nam si in civilibus causis,
7 quae coram incompetente iudice acta sunt, non valent, *L.* 1. *et tot. tit. C. Si a non comp. iud.*, multo minus valere possunt, quae in criminalibus apud incompetentem gesta sunt. Tanto certe minus, quanto magis in criminalibus cavendum, ne innocens condemnetur. Non idem plerique existimant dicendum, si iudex quidem competens fuerit, sed in forma et modo procedendi peccatum sit, ita ut processus sit ipso iu-

Gomes. d. c. 12. n. 8. Farin. d. qu. 81. n. 66. et 188.

re nullus; nec enim, ut Ovidius ait, confessi causam tuendam esse. Verum de hac sententia merito dubites; nam si sententia nullius momenti est, quoties processus vitiosus est, qui poterit confessio valere, cum confessionem sententiam sequatur? *d. L. 5. D. de custod. reor.*, *L. 4. C. de sent. et interloc.*, *L. 4. 5. 7. 8. C. Quom. et quand. iud.* Adhaec si totus processus vitiatur, quoties in forma et modo procedendi peccatur, consequens est etiam partes eiusdem inutiles esse; est enim certissimum Logicorum axioma: Sublato toto, tolli etiam partes. Atqui pars processus criminalis est interrogatio et responsio rei. Igitur vitiato processu inutilis etiam interrogatio erit. Quod autem contra ex Ovidio adducitur, *Non est confessi causa tuenda rei*, id ineptissime adducitur, cum Poeta de confessione rite facta, et in legitimo iudicio loquatur.

Sed cum diximus coram competente iudice 8
interrogationem fieri debere, non immerito dubitet quis, si reus non interrogatus crimen confiteatur, an pro convicto habendus? Et licet id affirment nonnulli ex *L. si sine 9. D. de interr. in iur. fac.* tamen cum modo dictum sit, argumentum e civilibus iudiciis ad criminalia fortius premere negative quam affirmative, non est, quod eo solo moveatur. Ratio sane dictare videtur, ut si quis conscentia stimulante praevenerit interrogationem iudicis, perinde habeatur, ac si crimen confessus esset. Et est tamen hic quoque interrogationibus fatigandus, diligenterque cavendum iudici, ne qui tam promte facinus confessus est, fingat se admisisse, quod non admisit, taedio forte vitae, aut qua alia de causa. Proxima huic 9
dubitatio est, si interrogatus tacuerit contumaciter, an habendus pro confesso? Certum est haberi in causis civilibus, *L. 11. §. qui tacuit D. de interr. in iur fac.* an in criminalibus? Id quoque firmat Asconius 11. *Verr.*, *Cum in ius ventum esset, dicebat accusator apud Praetorem reo, Aio te Siculos spoliasse, si tacuisset, lis ei aestimabatur ut victo; si negasset petebatur a magistratu dies inquirendorum eius criminum etc.* Sed hoc ita probandum, si, ut dixi, contuma-

Gomes. d. c. 12. n. 4.

citer tacuerit ita nimirum pressus conscentia sceleris,
ut nec ipse admissum inficiari posset. Ceterum si ti-
more praepedito vox haeserit faucibus, vel ut Teren-
tii verbis utar si ita eum timidum obstupescerit pu-
dor, ut postquam ad iudices ventum esset, non po-
tuerit cogitata proloqui, nemo eum dixerit pro con-
fesso habendum esse. Quamquam verisimile non sit, in
periculo capitis cuiquam haesuram vocem; facere enim
pericula etiam ex mutis eloquentes possunt, ut de fi-
10 lio Croesi proditum est. Quid autem si reus respon-
derit quidem, sed non ad rem: veluti interroganti, *Feci
sti?* respondit, *Arma virumque cano?* Hic quoque in
civilibus confesso pro habetur, *d. L. 11. §. quod autem
ait*; in criminalibus quoque manifestum id aut con-
tumaciae, aut desperatae malitiae indicium videtur.
In utraque tamen dubitatione aliter usus observat;
nec enim pro confesso habetur, nisi qui clare et per-
spicue respondit: qui autem tacuit, vel ambigue re-
spondit, eculeo imponitur. Sunt etiam apud quos
sola confessio, quamlibet plana ac perspicua ad con-
demnandum non sufficit si non aliis quoque argumen-
tis reus convincatur.

Farin. d. qu. 81. n. 22. Moiler 2 semest. 26. Clar. §. fin. qu. 66. Damhoud. prax. crim. p. 38.

11 Quarto requiritur, ut si minor xxv. annis sit, qui
interrogatur, curator ei adsit, alioqui confessio nul-
lius momenti erit; iubentur enim curatores minori-
bus etiam in criminalibus causis adesse, *L. 4. C. de
auct. praest.*, *L. in universis 11. C. qui dar. tut. pos.*,
L. propter 7. C. ad L. Jul de adult.

Sed quaerunt interpretes an in integrum restituen-
12 dus, si praesente curatore confessus sit? Respondent
alii, esse in integrum restituendum, si probet se aut
errasse, aut circumventum esse, vel dolo accusato-
ris, vel blanditiis iudicis: alii, etiamsi nihil horum
probet, esse tamen in integrum restituendum. Vi-
deamus ne verius sit, minorem a maiore nihil hac
parte distare; nec opus esse in integrum restitutione
cum iure communi tutus esse videatur. Etenim com-
muni consensu traditum est, posse etiam maiorem
xxv annis confessionem per errorem dolo, vel metu
factam revocare. Illud autem planis verbis in legi-

Gomes. 3. resol 1 n. 66 Clar. §. fin. quaest 60 Menoch. 2 arb cas 368 Farin. d. qu. 81. n. 277. Gomes d. loc. Farin. d. qu. 81. n. 277 Gomes. d. loc. Farin.

bus expressum, defensionem reorum quocunque tempore admittendam esse, *L. unius* 18. §. *pen. D. de Quaest.*, *L.* 2. *C. Quor. appell. non recip.* Si igitur communi iure quicunque reus revocare confessionem erroneam potest, quid opus restitutione in integrum cessat? ca, quoties minor ipso iure tutus est, *L. in causae* 16. *pr. D. de minor. L. si tutor* 4. *C. in quib. caus. in int. rest. nec non est.* Illorum sane sententia, qui dixerunt minorem restitui, etsi se lapsum, vel circumventum non probet, nullo modo probanda est; certum enim est, minorem non restitui, nisi aut lubrico aetatis lapsus, aut calliditate adversarii circumventus sit, idque ipsum doceat, id est probet, *L.* 1. §. 1. *L. ait praetor.* 7. §. *non solum*, *L. verum* 11. §. *sciendum D. de minor.*, *L.* 5. *C. eod.* Docere autem qui possit se lapsum, aut captum, nisi etiam argumenta innocentiae adferat? Accedit, quod convictus adversus delictum non restiuatur, *L. auxilium* 37. §. 1. *D. de minor.*, *L.* 1. *et* 2. *C. Si adv. del.*, consequens est ergo, ut nec confessus restituatur si non doceat se lapsum, vel circunventum esse. Opponunt illi ex *L. si ex causa* 9. §. *nunc videntur D. de minor.* Minor restituitur adversus inficiationem delicti, ita ut ne quidem in duplum propter inficiationem, sed in simplum condemnetur; ergo restituendus etiam adversus confessionem. Respondet Sarmientus, minor in *d. L.* 9. non tam adversus inficiationem, quam adversus omissionem revocationis restituitur. Planius atque rectius ita diccmus; restituitur minor adversus inficiationem, etsi nihil doceat, quoniam planum et perspicuum est, lapsum esse eum, qui cum simpli solutione defungi posset, inficiandum dupli se obstrinxit; at si confessus sit, non potest planum esse temere id ab eo factum esse, nisi planum ipse faciat, errore, dolo, metu indictum se confessum esse.

d. qu. 81. ad 315. Clar. §. fin. q. 53. Moriu. in L. 7. C. de iur. et fact. ign.

Sarm. 3. sel. int. 13. n. 9.

Atque hae confessionis conditiones sunt; adiiciamus nunc quaestiones aliquot ab interpretibus agitatas, ad pleniorem huius materiae cognitionem, quas quoniam plereque faciles sunt, paucis profligabimus. Quaerunt, an si procurator rei crimen confessus sit, noceat

13 ea confessio domino? Haec quaestio, si iudicia criminalia respicias, maiore ex parte supervacua est; docuimus enim ab initio *Tit. de accus.* reum per procuratorem defendi non posse. Sane si crimen tam leve sit, ut procuratorem admittat, recte dixeris, ita confessionem procuratoris nocere domino, si specialiter ei fuerit mandatum, ut confiteretur; nam ubicunque de re gravioris praeiudicii agitur, speciali mandato opus est, *L. qui ita* 66. §. 1. *D. ad SC. Trebel*, *L. non solum* 39. §. *ult.* D. *de proc.*, *L. quae omnia* 25. *D. de min.*, *L. iusiurandum* 17. § *ult. D. de iurei*.

Far. d. qu. 81. n. 26.

Quaerunt, utrum unica confessio sufficiat ad condemnandum reum, an iterata requiratur? Haud dubie unica sufficit, dummodo in ea perseverarit reus; nec enim ullus locus iuris est, quo iterata requiratur. Obiicitur *L.* 2. *C. de custod. reor.* sed frustra; non enim ibi reus, cum primum apud acta audiretur, confessus est crimen, sed potius inficiatus; sive inficiatus id sit simpliciter, sive iure factum contenderit. Verba autem, *cum de admisso constiterit*; vel ita accipi possunt, *donec de admisso constiterit*; vel quod verius cum constiterit eiusmodi admisssum esse, ob quod reus carceri includi possit. Ita si verba accipiantur, nihil necesse erit cum aliis dicere, priorem confessionem fuisse tormentis expressam; vel, non constitisse ibi de admisso, idcirco reum iterum apud acta audiendum fuisse (2).

14

Gomes d. c. 12 n. 3 Far. q. 81. n. 8. Ciar. §. fin. q. 65. n. 3.

15 Quaerunt, an reo, antequam respondeat, iusiurandum calumniae deferendum sit, Eam quaestionem nos ad *Tit. de accus. cap.* VIII. profligavimus, demon-

Gom. d. loc. n. 5.

---

(2) Potius inclinarem in sententiam Cuiacii in *cit.* L. docentis reorum cognitionem quandoque iterari; hunc enim sensum habere videntur ipsa verba legis = *Si quis in ea culpa; vel crimine fuerit deprehensus, quo dignus claustris carceris, et custodiae squallore videatur, auditus apud acta, quum de admisso constiterit, poenam carceris sustineat: atque ita postmodum eductus apud acta audiatur.* Legem hanc egregie commentatus est laud. Gothofr. in *cit. op. lib.* 9., *tit.* 2., *L.* 2.

strantes in criminalibus nullum esse huius iusiurandi usum.

16 Quaerunt, an confessio promissa impunitate, et spe veniae elicita sufficiat ad condemnadum? Respondendum non sufficere; tametsi enim in iudicis potestate non sit, promittere cuiquam impunitatem, adeoque ex promissione non obligetur, tamen dolo extorta est, et per hanc fraudem etiam innocentes illaqueari possent; praestat potius amplius inquirere, quam reum condemnare. Sane si réus, ubi viderit verba sibi data esse, perstiterit in ea confessione, causa nulla est, cur damnari non debeat.

Alc. in l. 177. ad V. S. Duar. ad l. 5 verb. quoties de pact. Far. qu. 81. cap 8. Gomes. d. c. 12. n. 6.

17 Quaerunt, an confessio rei noceat heredi eius? Respondeo; nocet, non ut heres poenam patiatur, sed ut scelere quaesita, veluti res raptae, aut furto ablatae, heredi condicantur, *L. un. C. Ex del. def. in quant. her. ten. L. 7. §. condictio*, *L. 9. D. de. cond. furt.*, *L. 5. D. de calumn.* Adhaec si crimen extraordinarium admissum fuerit, ob quod bona fuerint publicanda, hactenus confessio nocet, ut bona heredibus auferri possunt; at si publicum crimen in iudicio versetur, quoniam condemnatio vivi rei exigitur, sola confessio ad publicationem bonorum sufficere nequit. Nec enim in criminalibus confessus pro condemnato, sed pro convicto habetur, *L. ex iudiciorum 20. D. de accus.*, *L. 5. D. de custod. reor.*

Moll. 2. sem. 1. Clar. q. 95. n. 7. Covarr. 1. resc. 2. Imb. 3. cap. 9. lit. e.

18 Quaerunt, an fugiens e carcere, seu perfossis parietibus, seu negligentia custodum, habendus sit pro confesio? Quanquam hoc plurimis placuisse video, enumeratis pro more a Farinacio, probandum tamen nequaquam esse colligitur ex illis, quae de poena effractorum disseruimus *Lib. praeced. Tit. de reliq. crim. extr. cap.* IV., quo lectorem brevitatis causa remitto.

Menoch. 27. arb. cas. 36.

19 Quaerunt, an testis, qui in iudicio crimen confessus est, ob id ipsum pro convicto habendus sit? Distinguunt aliqui docentes, hactenus pro convicto habendum, ut possit puniri mitius extra ordinem, non ut poena ordinaria. Verum cum modo dixerimus, ne reum quidem in alio iudicio confessum, in alio

Farin. d. qu. 8. n. 6. et qu. 10. n. 56. Farin. qu. 30.

pro convicto habendum, quanto minus de teste id affirmari potest. Praestat igitur et hic dicere, eam confessionem indicium ad torturam suppeditare, non ad condemnationem sufficere.

Far. qu. 81. n. 229. 266.

20 Postremo quaerunt, an si reus caedem confiteatur, sed iure factum dicat, confessio eius ita dividi possit, ut priorem partem acceptet accusator, posteriorem repudiet; utique capiti poena plectendus sit reus, si non probet iure factam? Causam hic nullam video, qui minus dividi confessio possit, nec amplius quaeratur, an caedem fecerit reus, sed an fecerit dolo malo. Nec tamen onus omne probandi iniungetur reo; sed et accusator probabit dolo factam, et contra, reus iure factam; puta, defendendi sui gratia. Sic enim Milo cum Clodium adgressorem occidisse se diceret, non tam idcirco damnatus est, quod non probaret, insidias sibi a Clodio factas, quam quod Clodiani contra probarent, consulto a Milone Clodium interfectum. Quid ergo, si nec accusator probet dolo factam caedem, nec reus defendendi sui gratia, quid fiet? Respondent plerique, quoniam caedes dolo facta praesumitur, ob praesumptiones autem nemo potest puniri capite, idcirco poenam mitiorem extra ordinem infligendam. Quae sententia nescio an legibus, aut rationibus defendi possit; nam aut nocens reus est, aut innocens. Si nocens poena ordinaria plectendus est; si innocens, causa nulla est, cur extra ordinem potius puniri, quam absolvi debeat. Pro nocente autem habendum innuit *L. 1. C. ad Leg. Corn. de sic.*, *L. 5. C. de iniur.*, ex quibus colligitur, ea, quae sui natura turpia sunt, in dubio praesumi dolo facta; per consequens, si reus non probet sine dolo facta, in ea causa videtur, ut ordinariam poenam effugere non possit. Probet igitur reus, si testibus non potest, argumentis saltem innocentiam; Veluti inimicus fuit; saepius minatus erat; valentior erat; ille armatus, ego inermis; ille expeditus, ego mulieres mecum trahens; stipatus ille sicariis, ego solus cum domesticis; ex illius morte nullum ad me rediturum erat emolumentum, et si qua similia;

Far. d. qu. 8. n. 157. Gomes. 3. resol. 3. n. 24. Clar. q. 55. Menoch. 3. arb. 93. et 79. Masc. concl. 869.

Mascard. d. concl. 867. n. 13 Roer. dec. 164. n. 15. Gung. de tort cap. 2. n. 157. Alciat in l. 1. §. si quis simpliciter de V. 9. n. 22.

Quorum si nihil adstipulari reo videatur, non poterit non pro nocente haberi. Quod si duriusculum hoc videatur, imponatur eculeo reus, nec enim dubitandum ad eculeum sufficere eam confessionem, quae tam prope condemnationi reum admovet.

CAPUT II.

De Confessione extorta.

Tantum de confessione spontanea, sequitur extorta quae exprimitur tormentis. In qua tractanda sequentia nobis praefinimus capita: quae genera tormentorum sint. Qui torqueri possint: In quibus causis: Ob quae indicia: Quando repeti: Quanta fides tormentis haberi debeat. Ad primum quod attinet, 1 genera tormentorum varia sunt; nam aut fidiculis, Sigon. 3. de aut verberibus, aut igne, aut vigiliis rei excruciautur; iud. pop. sed in libris nostris eculei praecipue mentio. Rom. 17. Eculeus autem, auctore Sigonio, catasta fuit lignea, cochleata ad intendendum ac remittendum apta. Huic brachia pedesque rei nervis quibusdam, quae fidiculae dicebantur, alligabant; tum catasta intenta, atque in altum erecta, ut ex ea, quasi ex cruce quadam miser ille penderet, primum compagem ossium divellebant, dein candentibus lamini admotis, atque bisulcis ungulis ferreis lateribus laniatis, doloris acerbitatem augebant. Impp. in L. 7. *C. de malef. et mathem.*, *Eculeo deditus, ungulisque secantibus latera, perferat poenas proprio dignas facinore*.. Nonius: *Et*

ubi insilui in cochleatum eculeum, ibi tolutim tortor. Prudentius in *Hym. Vincent.*

Extorque, si potes, fidem.
Tormenta, carcer, ungulae,
Stridetque flammis lamina,
Atque ipsa poenarum ultima
Mors. Christianis ludus est.
Ridebat haec miles Dei,
Manus cruentas increpans,
Quod fixa non profundius
Intraret artus ungula.
Et in *eod. hymn.*
Vinctum retortis brachiis,
Sursum ac deorsum extendite,
Compago donec ossium
Divulsa membratim crepet etc.

Gradus torturae alii plures, alii pauciores numerant. Communis schola numerat quinque: Cum reus imponitur eculeo, non tamen distenditur: Cum reus distenditur: Cum diutius distenditur: Cum distenditur et quassatur: Cum distenti pedibus pondera adpenduntur. Verum hi gradus moribus hodiernis quadrant magis, quam eculeo. Nec primus ille gradus torturae, sed gradus ad torturam videtur. Non enim ex sola impositione dolor, sed ex distentione, nisi forte tam arcte artus nervis, seu fidiculis constricti sint, ut ex hac sola re dolor oriatur; quemadmodum senex Plautinus ancillas suas constrinxisse videtur in *Trucul.* Quaeritur enim ancilla: *Vis subegit verum fateri, ita lora laedunt brachia.* Respondet senex: *At si verum mihi eritis fassae, vinclis exsolvemini.* Ex superioribus autem posset ita dici; gradus tormentorum tres esse: Primus, cum reus eculeo impositus ita constringitur, ut solae fidiculae dolorem faciant: Secundus, cum corpus distenditur: Tertius, cum etiam candentibus laminis, vel ungulis bisulcis latera laniantur. Illorum sane sententia nullo modo probanda, qui primo gradu minas et terrorem collocant; minae enim tametsi libero homini graves sint,

2 Farin. qu. 38. n 40.

dolorem tamen corporis non faciunt, satisque plane et perspicue terror tormentis opponitur. *L.* 1. §. *impuberi D. de SC. Silan.*, *L. item apud Labeonem* 15. §. *quaestionem D. de iniur.*

Quantum ad personas, quae torqueri possunt, alia 3
ratio habetur liberorum, alia servorum. Servi torqueri possunt, tam in civilibus, quam criminalibus causis, dumme contra dominos torqueantur, extra quam si crimen adulterii, maiestatis, fraudati, census, fraudatae annonae, adulteratae monetae, suppressi testamenti, in quo servo libertas relicta erat, crimen domino obiiciatur, *L.* 1. 7. 15. *C. de Quaest.*, *L.* 1. §. *in causa*, *L.* 8. *L.* 17. *pr. et* §. 1. *D. eod.*, *iunct. L.* 1. *D. ad Leg. Jul. de ann.*; *L. vix certis* 53. *D. de jud.* *L.* 7. *D. ad Leg. Corn. de fals.* Olim incestus tantum excipiebatur, et maiestatis crimen, Cicero pro *Milon.*, *De servis nulla quaestio est in dominum, nisi de incestu.* Idem alibi: *Nostri maiores cum de servis in dominos quaeri noluissent, de incestu tamen, et coniuratione, quae facta me consule est, quaerendum putarunt.* Causam expressit idem pro *Milon*, *Maiores nostri in dominum de servo quaeri noluerint, non quia non posset verum inveniri, sed quia videbatur indignum esse, et domini morte ipsa tristius.* Ceterum sevum hic intelligere debemus, non tantum eum, qui proprietate noster est, sed etsi bona fide serviat, sive alienus ille sit, sive liber homo bona fide possessus, L. 1. §. *si servus* 8. *D. h. tit.* Viri tamen servi in caput uxoris interrogari possunt. *d. L.* 1. §. 11.: credo et contra, uxoris servos in caput mariti, tametsi in SC. Silaniano commixta utrisque familia, et una domus videatur, *L.* 1. §. *si vir* 15. *D. de SC. Silan.* Potest etiam servus municipium in caput singulorum torqueri; non enim singulorum, sed universitatis servus est, *d. L.* 1. §. *servum* 7. *D. de Quaest.* Neque vero soli domino hoc praestatur, ut ne in caput eius servus torqueri possit, sed et parentibus, liberis, tutoribus domini, *L.* 1. *C. eod.* Et sicut adversus dominum interrogari non possunt servi, ita nec pro domino, sive adhuc in potestate eius sint, sive ante fue-

rint, *L.* 6., *L. servos* 14. *C. eod.* Multo minus in reum interrogandi sunt, quos accusator domo sua produxit, *L.* 1. §. *ad quaestionem D. de Quaest.*, *L.* 2. *C. de testib.* Quod si quis per calumniam servum alienum torqueri curaverit, duplum pretium inferre tenetur, *L.* 11. *D. de calumn.*. Exemplum servilis quaestionis apud Plautum extat in *Tricul.*

Act. 4. scen. 3.

4 Quod ad liberos homines attinet, ii sunt vel plebeii et humiliores, vel dignores. Humiliores vel infames sunt, vel integrae frontis. Infames tametsi rei non sint, sed testes torquendi sunt, nec absque tormentis eis creditur, *L. ob. carmen* 21. §. *si ea rei D. de testib.* Quod licet nonnulli extendant ad infames infamia facti non tamen facile assentiendum iudicarim; nam cum tortura sit res fragilis, et quae veritatem fallat, restrictius potius Leges huius tituli interpretandas putaverim. Tantum abest, ut eorum probem audaciam, qui hoc ius ad domesticos testes, ad eos qui ultro surgunt, ad vicinos extendunt.

Far. qu. 79. n. 21. 78. 39. 40.

5 Qui integrae frontis sunt, tum torquentur, cum rei, vel participes criminis sunt, non cum testes producuntur, nisi testimonium eorum vacillet, *L. ex liberos* 15. *pr.*, *Lunius* 18. §. *testes* 3. *D. de Quaest.* Plautus in *Trucul. Callicles vide quaeso, homini ne facias iniuriam, Reus solutus causam dicit, testes vinctos attines.* Vacillat autem is, qui modo ait, modo negat; cuius vox, vultus, color, pedes suspectum falsi testimonium faciunt, nec placent hic difficiles nonnullorum nugae, quibus testem varium, contrarium, et vacillantem distinguere conantur. Et hoc quidem in criminalibus iudiciis haud dubie procedit, sed an in civilibus quoque testis vacillans torquendus, ipsi vacillant doctores. Ego hic quoque ius restrictius interpretandum putarim, ut quoniam adductae Leges de civilibus causis nominatim non loquuntur; ad crimina restringantur. Quinimo nec in crimine omnis vacillatio sufficit ad tormenta: sed ea, qua vacillatur circa caput et substantiam sceleris, non qua circa ea, quae accedunt, aut circumstant. Porro in plebeiis et tenuioribus censentur etiam liberti, de quibus peculiariter

Far. qu. 66. cap. 1.

Far. qu. 66. n. 114. et q. 79. n. 7. 6. 5. Zanger. de tort. cap. 1. n. 20.

notandum, quod non possunt torqueri in patronos.
Quinimo generaliter, qui invitus testimonium adver-
sus reum non dicit, is nec in caput eius torqueri po-
terit, *d. L.* 1. §. *sed nec libertum et* §. *Imperator D.*
h. tit., *Paul.* 1. *sent.* 12. §. *in caput*. Dignores, quibus 7
connumerantur Clarissimi, *L.* 10. *C. de dignit.*; Per-
fectissimi, et Eminentissimi, eorumque liberi ad ter-
tium usque gradum, decuriones, eorumque filii,

Gomes. resol. 3. n. 3 . Farin. qu. 41. par tot.

milites, veterani, eorumque filii, non sunt torquen-
di, nisi sint rei maiestatis, vel alterius atrocissimi
criminis *L.* 8. §. 1., *L.* 11., *L. decuriones* 16. *C. de*
Quaest., *L.* 4. *C. ad Leg. Jul. maiest.*, *L. si quis de-*
curio 21. *C. ad L. Corn. de fals.*, *L. etsi* 7. *de malef.*
et mathem., *L.* 10. *C. de dignit.* Per consequens, Se-
natores, Scabini, nobiles, doctores, advocati hodier-
ni temporis, sunt enim viri clarissimi quanquam id
usu non aeque servatur. Neque vero dignitatis dun-
taxat, sed et sexus, et aetatis, et valetudinis habenda
ratio. Sexus, quoniam mulier praegnans, cuiuscun-
que conditionis, aut fortunae sit, non est torquenda,
ne calamitas matris noceat ei qui in utero est, *L.* 3. *D.*

Zanger. d. c. 1. n. 67. et seqq. Farin. d. qu. 41. n. 8. et seq.

de poen. Quam ob causam et recte doctores supplent, 8
ne quidem post partum torquendam esse, si tormen-
tis superstes esse non possit, si puer necessario la-
ctandus sit deficiente nutrice. Non tamen fides habe-
bitur ei, se praegnantem dicit, sed venter inspicie-
tur. Aetatis, quoniam impuberes non torquentur, 9
sed terrentur duntaxat, et habena, vel ferula cae-
duntur, *L.* 1. §. *impuberi D. de SC. Silan.*, *L.* 10. *L.*
15. §. 1. *D. de Quaest.* Et licet vir doctissimus Jac.
Cuiacius hoc restringat ad admodum impuberes, pu-

Farin. qu. 41. n. 16. Zang. d. cap. 1 n. 30. Cuiac. 6. obs. 12.

tetque proximos puberati, quoniam doli capaces sunt
etiam torqueri posse, nescio tamen an id probari pos-
sit; Leges enim adductae loquuntur expressim de
minore annis quatuordecim. Nec sequitur, est doli
capax, ergo toquendus; sed illud potius; est doli ca-
pax, ergo habena, vel ferula caedendus, non tor-
quendus. Adhaec, si cum Cuiacio Leges adductas de
valde impubere velis accipere, eos, qui doli et cri-
minis capaces non sunt, terrebis, caedes habenis, vel

virgis, quod absurdum est; nam unde consilium abest, inde et peccatum: ita et poena peccati abesse debet. Quid ergo an pueris fides habenda sine tormentis? Nequaquam; aetas enim, quae adversus tormen-
Senec 5. contr. 20. ta eos tuetur, etiam mendacii suspectos facit. Seneca quidem dixit; *Nihil puero testes certius esse*: Verum ea sententia declamatorem magis, quam Iurisperitum
Plato 7. de legib. decet. Penitius enim pueri ingenium examinantibus adparebit, verissimum esse, quod Plato tradidit, pueros quoniam prudentiae fontem nondum perfectum habent, non solum acerrimos et petulantissimos, sed et insiodissimos omnium bestiarum esse.

10 Quod autem pueritiae hac parte tribuitur, recte in-
Farin qu 41. n. 24.93.89. terpretes ad senectam extendunt: sunt enim bis pueri senes, et vacivi virium facile tormentis succumberet, *L.* 3. §. *ignoscitur D. de SC. Silan.* Debet autem quaestionis modus eiusmodi esse, ut tortus, vel supplicio salvus, vel innocentiae superestes sit, *L. quaestionis 7. D. de Quaest.* Qua ratione illud quoque recte doctoribus placuit; infirmos et valetudina-
11 rios non temere torquendos esse. Surdi quoque et muti excipendi videntur; vix enim est, ut procedere recte quaestio possit, si torquendus, aut interrogari, aut
Zanger. d.c. 1. n. 45. respondere non possit; nisi forte litteras sciant, ut alter scripto interrogetur, alter respondeat; quod nonnullis placuisse video. Quod autem aliqui etiam virum reip valde utilem excipiunt, id eusmodi est
12 ut non temere probandum putem; nam si non in di-
Fer. d. q. 41. n. 88. gnitate aliqua constitutus est, vix est ut solum artificium tanti nobis esse debeat. Nulla sane lege haec exceptio firmatur; quod vero ex *L. ad bestias* 31. *D. de poen.* adducitur, id violentum est, ut ex iis, quae *Tit. de poen. cap.* v. dicturi sumus, clarius elucescet.

13 Nunc illud adiiciendum, an qui torqueri non pos-
Gomes. d. c. 13. n. 4. Fas. d. qu. 41. n. 104. et seq. sunt, terreri saltem possint, vel comminatione tormentorum, vel deductione ad eculeum? Hic distinctione utendum; nam qui aetatis, vel valetudinis intuitu non torquentur, eos terrere nihil vetat, *arg. d. L.* 1. §. *impuberi D. de SC. Silan.*, *L.* 15. §. *quaestionem* 41. *D. de iniur.* At mulier praegnans, et in di-

gnitate constituti; ne terrendi quidem sunt; illa propter partum; hi propter dignitatis respectum. Quam enim grave viro honorato ponere tunicam, aspicere tortorem, et huiusmodi alia? Audiamus Comicum in *Persa*:

Cogita hoc verbum, mi pater,
Herus si minatus est malum servo suo,
Tametsi id futurum non est, ubi captum est flagrum,
Dum tunicas ponet, quanta afficitur miseria?

De Carnificis autem conspectu graviter Cicero pro *C. Rabirio*: *Misera est ignominia iudiciorum publicorum, misera multatio bonorum, miserum exilium: sed tamen in omni calamitate retineretur aliquod vestigium libertatis. Mors denique si proponitur, in libertate moriamur; carnifex vero, et obductio capitis, et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Rom., sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque perpessio, sed etiam conditio, expectatio, mentio denique ipsa indigna cive Rom., atque homine libero est.*

CAPUT. III.

Quae sint iuste torquendi causae.

1. *In quibus iudiciis locus quaestioni sit?*
2. *An cum de crimine civiliter agitur?*
3. *An in causa damni dati?*
4. *An in causa foenoris, vel decoctionis?*
5. *An in furto, et iniuriis?*
6. *Semper praecedere debent indicia.*
7. *Genera indiciorum.*
8. *An unum indicium sufficiat?*
9. *An unius testimonium?*
10. *An confessio extraiudicialis?*
11. *An res furtiva apud reum reperta?*
12. *An sanguis e cadavere stillans?*
13. *An aqua frigida?*
14. *An eruptio ex aedibus cum gladio cruento?*
15. *An possit de consciis reus interrogari?*
16. *An nominatio sufficiat ad tormenta?*
17. *An fuga rei?*
18. *An trepidatio?*
19. *An confessio absque indiciis facta noceat torto?*
20. *Quid si indicia indiciis repugnent?*
21. *Quid si indicia indubitata sint?*
22. *An absolvendus non rite tortus, si tormenta vicerit patientia?*

1 Causae verbum hoc loco anceps est; nam et materiam intelligere possis, seu crimina, in quibus tormentis locus est; et indicia, ob quae reus torqueri potest. Quantum ad crimina, ex superiori capite intelligitur, servos tam in pecuniariis, quam criminalibus causis torqueri; liberos in criminalibus duntaxat; nec in omnibus criminibus, sed gravioribus, *L.* 1. *pr. L. edictum* 8., *L, Divus* 9. §. *ult. D. de Quaest.* Excipio speciem *L.* 1. *C. de natural. lib.*, in qua, etsi civiliter agatur, torquentur tamen liberae, sed humiles et abiectae feminae; velut liberta libertae filia, tabernaria, tabernariae filia. Graviora vero crimina quae sint diximus in *Prolegom. cap.* IV.: nec potest id certa aliqua definitione declarari, cum crimen sua natura leve, circumstantiis possit aggravari. Sane praesenti loco, non crimen duntaxat maiestatis, aut si quod huic simile, sed et alia improbiora intelligere debemus. Cum enim in maiestatis iudicio etiam dignores torqueantur, quos alioqui torquere non licet; con-

sequens est humiliores etiam in aliis criminibus, praeter maiestatis crimen, torqueri: Seu ut apertius loquar, cum in atrocissimis criminibus torqueantur viri in dignitate constituti, consequens est in atrocibus quoque torqueri humiliores. Prudentiores non male praecipiunt, ad poenam criminis iudici respiciendum esse, ut si tormentis gravior poena criminis futura sit, adhiberi possit quaestio; sin poenam criminis exsuperaturus sit fidicularum cruciatus, non possit iudex reum eculeo imponere; hoc enim naturalis ratio dictat; non esse gravius cum reo agendum antequam convincatur, quam cum eodem convicto ageremus. Idcirco alii adiiciunt, non esse fidiculas adhibendas, nisi poena criminis gravior relegatione futura sit. Alii distinguunt, ut si poena corporalis futura sit, eculeo locus sit; sin minus, facessant tortor, et fidiculae. Ex his autem facile iam erit ad quaestiones nonnullas ab interpretibus motas respondere: 2
ut cum quaerunt, an tormentis locus sit, cum de crimine civiliter agitur? Dic, locum non esse; liberi enim non torquentur in causis civilibus; est autem civilis nihilominus causa, in qua de crimine agitur, dummodo agatur pecuniarie. Cum quaerunt, an locum habeat eculeus in causa damni dati? Dic 3
non habere locum, quoniam actio Legis Aquiliae civilis est. Sane, si de servo perempto Lege Cornelia reus interrogetur, quis dubitet tormenta adhiberi posse? Cum quaerunt, an torqueri possint improbi foe- 4
neratores? an decoctores, ut indicent pecunias interversas? Dicendum, nullo modo; quoniam adversus improbum foeneratorem accusatio nulla prodita est, ut *Libro praecedenti* docuimus; sed nec decoctores crimen, et quidem atrocius admittere uspiam legitur. Cum denique quaerunt an in furto, in iniuriis 5
quaestioni locus sit? Dicendum si quidem criminaliter procedatur, improbiorque iniuria, vel furtum sit, quaestioni locum fore; sin civiliter agatur, aut accusetur quidem reus, sed minor iniuria sit, non aeque.

Clar. §. fin. q. 64. n. 4. Vide Far. qu. 4.

Causae, quae movent, seu impellunt iudicem ad

6 torquendum reum, sunt indicia, et argumenta verisimilia, quibus praecedentibus, si putaverit ad tormenta veniendum, ita demum id facere debet, si et personarum conditio patiatur, et legitimae criminis probationes deficiant; *L.* 3., *L. milites* 8. §. 1., *L.* 12. *C. de Quaest.*, *L.* 1. §. *pr.* §. 4., *L.* 8. *et* 9., *L.* 18. §. 1. *et* 2., *L. ult. D. eod.* Et licet non defuerint, qui existimarent in atrocissimis et occultis criminibus, cuiusmodi est clandestina coniuratio adversus Principem, qualiacumque indicia ad torturam sufficere; eorum tamen sententia, cum legibus destituatur, minime probanda est, ut diximus *ad L. Jul. mai cap.* 10. Cauties illi laquuti sunt, qui dixere, iudicem non posse in his criminibus leges transgredi; ipsum Principem, qui Legibus solutus est, maiestatis et imperii tuendi causa id posse. Videat tamen et Princeps, ne dum securitati publicae consulere studet in innocentes saeviat; *Crimen enim maiestatis, non in occasione saevitae habendum, sed in veritate, L. famosi §. pen. D. ad Leg. Jul. maiest.*

Ultr. 37. §. 4.

Menoch. 1. de arb qu. 84. Far. qu. 37. n. 85. et 250.

Indicia porro, et argumenta pene infinita sunt,
7 summa tamen genera, et capita, si cui deliberare libet; meo iudicio non incommode ita dicet: Indicia vel ex re ipsa nascuntur, vel extra rem aliunde suggeruntur. Rem cum dico, non solum factum et flagrans crimen intelligo, sed et circumstantias; quare huc refero personam, causam, locum, tempus, antecedentia, connexa, consequentia. Persona verisimile crimen facit, si improbus, reus, avarus, audax, praeceps ad facinora dicatur; si in eodem crimine, vel alio iam ante deprehensus; si partus, qui adulterinus arguitur, similis reo, dissimilis marito sit; nam ut sanctissimus Poetarum Phocylides quondam cecinit.

Calp. Facc. deci. 2.

... similes pueros lectas non gignit adultum.

Causa, si inimicus fuerit perempto, si eo sublato hereditatem aliudve commodum sperabat, si occasio, si spes perficiundi, atque celandi invitasse ad facinus videatur. Ita enim vita hominum est, ut ad maleficium nemo conetur sine spe atque emolumento accedere, teste Cicerone pro *S Rosc. amer.* Locus, si

Quintil. decl 326.

opportunus iniuriae, desertus fuisse arguatur. Tempus similiter, si opportunum, si illune, furtis caedibusque aptum, Antecedentia, quod minatus peremto fuerit, quod pecuniam, arma, socios pararit, quod saepe in insidiis latuerit, quod visus sit ingredi aedes peremti. Coniuncta seu connexa, clamor et quiritatio caesi, gladius in vulnere relictus, tumor aut livor corporis, et si qua similia. Consequentia plurima, veluti, quod repertus sit in loco caedis cum gladio cruento, quod fugerit, quod cum proximis transigere conatus sit, quod gloriatus de facinore, quod moriturus cum insimulaverit, quod sanguis ad eius contactum e cadavere peremti profluxerit: quod res furtivae apud eum repertae sint, nec possit laudare auctorem, quod repente ditatus sit; denique rubor, pallor, titubatio interrogati, et huiusmodi alia multa suspectum reum facere possunt. Extra rem ista adduci possunt, quod testis unus, vel plures quidem, sed minus idonei reum fecisse arguant quod fama et rumoribus civitatis reus designetur, quod a reo tanquam socius et consors criminis nominatus sit. Haec 8
exempli duntaxat causa adduxisse sufficiat; ceterum quam immensa pene indiciorum et argumentorum multitudo sit, quotidianis rerum experimentis melius, quam doctrina percipitur. Illud nunc excutiamus, an quoniam leges plurativo numero exigunt argumenta et indicia verisimilia, semper plura concurrere debeant, an vero unum quandoque indicium sufficere possit. Communis schola docet, posse et unum sufficere, si modo sit grave, et proximum crimini, non remotum: Exempli gratia; si testis unus, omni exceptione maior caedem vidisse se affirmet; si reus extra iudicium crimen confessus sit; si res furtiva apud reum reperta sit, nec possit laudare auctorem, si reo in conspectum cadaveris deducto, sanguis ex eo profluxerit; si visus sit fugere ex aedibus cum gladio cruento; si reus gravioris criminis nominaverit aliquem tanquam conscium et consortem; etc. Verum de his ipsis exemplis ita ambigue loquuntur nonnulli, ut modo affirmare, modo negare videantur. Etenim, po-

Clar. §. fin. q. 64. n. 14. Far. qu. 37. n. 43 et seqq. Myns. 6. obs. 97. n. 5. Zang de tort. cap. 2. n. 19. 58. 17. 152. 160. Chass. p. 314.

etquam dixerunt. Est hoc indicium solum ad torturam sufficiens; mox quasi corrigentes quod dixerant, adiiciunt, si tamen accedant alia adminicula. Atqui quae illi adminicula vocant, ea ipsa nihil aliud sunt, quam indicia et argumenta verisimilia, quare non recte dicunt, sola ad torquendum sufficere, quae modo enumeravimus. Nec poterit lector melius operae pretium facere, quam si relictis nomenclatoribus illis (liceat ita appellare eos, qui totis sunt in citandis doctoribus, nulli in adducendis legibus, aut rationibus), ad leges potius legumque rationes respiciat.

Imb. 3. Inst. for. 13. a pr.

Videntur autem leges haud temere plurativo numero usae esse, sed ut docerent, unicum indicium, vel argumentum ad tormenta non sufficere. Quippe indicia eiusmodi esse debent, quae verisimile faciant crimen, ut pene nihil aliud deesse videatur, quam ipsius rei confessio, *d. L.* 1. §. 1. *D. de Quaest.*, *d. L.* 8. §. 1. *C. eod.* At fieri vix potest, ut unicum in-
9 dicium tam verisimile crimen faciat, ut nihil praeter rei confessionem deesse videatur. Ecce enim, ut eadem exempla repetamus, testis unus exceptione maior, qui indicium ad torturam facere potest, cum omnino non sit audiendus, etsi praeclarae Curiae honore praefugeat? *L. iusiurandi* 9. §. 1. *C. de testib.* Itaque cum unico teste producto non de reo, sed de ancilla habita esset quaestio, illicite habitam Imperator pronuntiavit, *L. maritus* 20. *D. de Quaest.*, quanto magis id pronuntiaturus, si de reo ipso homine libero

Argent. ait 41. gl. 2. n. 2. Vid. Christin. lit. 1 § 7. n 5. in fin.

10 quaestio habita fuisset. Iam confessio extra iudicium facta, nec ipsa sola sufficit, nisi persona quoque, et accurata circumstantiarum expositio verisimilem narrationem faciant; alioqui omnes fere Thrasones torquendi essent; quae enim poti, et quanta sua memorare soleant facinora? At si ipsos respicias, utpote timidos et imbelles, recte illud Maronis usurpare possis: *Nihil ille nec ausus, Nec potuit.* Frustra vero a nonnullis ad probandam suam sententiam adducitur *d. L.* 1. §. *ult. D. de quaest.* Non enim liber homo, sed servus a Praeside ex sua confessione tortus est; nec extra iudicium duntaxat, sed et in iu-

dicio ea confessio facta est; ob quam quidem etiam damnari potuisset, si non reus suspectus Praesidi fuisset. Sed cum suspectus esset homicidium metu domini confingere, non sine causa a Praeside in conscios tortus est servulus, qui etiam nullius criminis conscius, in civilibus causis torqueri potuisset. Quod 11
tertio loco adductum est exemplum de re furtiva reperta apud eum, qui non potest laudare auctorem, satis inepte adductum est; non enim unum sed duo distincta sunt indicia, nec tamen multum urgentia; itaque nisi rubor quoque rei, aut pallor, titubatio, aut simile quidpiam accedant, nequaquam torquendum putem. Quid enim si magna constantia affirmet emisse se in foro publico ab ignoto venditore; iam diu id factum esse, nec recordari auctoris? Huiusmodi sane etiam viris probis contingere possunt, nec licet nobis in foro curiosos esse, in perscrutando cuiusque venditoris iure. De 12
sanguine porro e cadavere profluente quod dicitur, Buchan. rer.
id licet plurimis experimentis comprobetur, tamen Scot. p. 186.
cum experimenta fallacia sint, ratio vero idonea nulla Thuan. lib.
reddi possit, non putaverim indicium ad torturam sufficiens esse. Non enim sapientis iudicis est, incerto experimento credere, quod certa ratione dirimendum est. Sed et in dubio longe satius est nocentem absolvere, quam innocentem torquere. Quod autem de naturali antipathia inter caedentem et caesi cadaver a 32. p. 150.
plerisque adducitur, id tam facile reiici, quam dici 13
potest. Tantundem, imo aliquanto minus tribuendum probationi sagarum per aquam frigidam, est enim fallacissima, magisque casui, quam rationi adscribenda. Iam quod de eo adfertur, qui visus est pro- 14
fugere e domo cum gladio cruento; fateor quidem ad torquendum id satis esse, sed unicum id esse indicium pernego. Fuga enim, gladius, et cruentus quidem, iam trepidatio, pallor, quae fere semper si- Christ. tit.
carium comitantur, plura indicia sunt, ac pene ne- 1. §. 7. n. 7.
cessario caedem arguentia. Quod ad postremum attinet, si quis a reo nominetur tanquam conscius et consors criminis, equidem vehementer fluctuant interpretes, an possit in conscios reus interrogari? Alii di-

stinguunt inter regulam, et exceptiones; alii inter crimina, quae sine sociis committi possunt: et ea quae necessario socios desiderant; alii inter crimina, quae ad commodum rei spectant, et quae ad offensionem alterius pertineant; ut in his, non in illis reus in conscios interrogari possit. Causam huic fluctuationi dedere leges nonnullae, quae in speciem contrariae videbantur. Nam *L. ult. C. de accus.*, *L. repeti* 16. §. 1. *C. de Quaest.*, *Paul.* 1. *sent.* 12. §. *ult.* negant reum in conscios interrogari posse. Contra *L. qui ultimo* 29. *D. de poen.*, *L.* 1. §. *cum quis latrones D. de quaest.*, *L. ult. C. de malef. et mathem.*, *L.* 1. *C. de fals., mon.*, *L. pen. C. de fer.*, *L.* 17. *D. de SC. Silan.* id idem affirmant. Quod *in speciem contrariam* cum tollere aliter non possent, ad distinctiones modo allatas delapsi sunt. Sed verius longe est, quod iam pridem viris nonnullis doctis placuisse video, distinguendum esse inter reum de se ultro confessum, et eum qui convictus, non confessus est. Confessus ultro non est interrogandus in conscios; quia timendum, ne tam facile alios oneret, quam facile de se confessus est. Convictus in conscios interrogari potest; quia credimus non facile innocentes oneraturum, qui ne nocens quidem confiteri voluit. Eleganter Paulus *d. loc.*, *Non debet alienam salutem in dubium vocare, qui de sua desperat* (1). Nec tamen si convictus con-

Far. qu. 43. n. 58 et seq. Clar. §. fin. qu. 2. n. 4. et q. 64 n. 8. Gomes. 3. c. 14. n. 17. Leon. in d. l. ult.

Hotom. in l. quoniam G. de festib. Girh. in d. l. ult.

(1) Hanc vero distinctionem, quam prae ceteris auctor statuit inter convicium et confessum concoquere non potest doctissimus Iac Gothofr. Ratio enim, quae ad prohibendam confessi in socios interrogationem in medium profertur, eiusmodi est, ut ad convictum aeque porrigatur Quinimo maior ut plurimum est desperatio in convicto, quam confesso. Aliunde certum est romani iuris systema, quo reus in socios interrogari solebat, modo de iis criminibus ageretur, quae verisimile est non sine consciis patrata fuisse, Vid., praeter leges pro affirmativa sententia ab auctore allatas, L. 6. D. *de custod. et exhib. reor.* Atque idipsum moris fuisse diserte ostendit Tertullianus in *apologet. Cap* 2. his verbis = *Si quando de aliquo nocente cognoscitis, non statim confesso eo nomen homicidae, vel sacrilegi, vel incesti, vel publici hostis, contenti sitis ad pronunciandum; nisi et consequentia exigatis, qualitatem facti, locum, modum conscios, socios.* Nec ullam afferre videtur difficultatem *cit.*

scium aliquem nominaverit, id indicium ad tormenta sufficiens est; experientia enim docuit, nominari saepe alenissimos a crimine. Ac ne illam quidem nominationem solam sufficere ad eculeum puto, qua quis nominatur a morituro, quamvis alioqui morituri maxime vera loqui credantur, teste Donato in *Adelph.* *Servus*, inquit, *magnum veritatis indicium addidit, dicendo, moriens; nemo enim moriens non vera loquitur, et urgentia; unde in iure ultima iudicia certiora sunt.* Praeterquam enim quod nonnullos improbitas non ante quam vita deserit, falli facile morituri possunt. Sed et exemplo perniciosum ad nominationem accusatoris, quamlibet morituri, quempiam torqueri. Fuerunt etiam qui fugam rei ad tormenta sufficere putarent; in primis si reus ante inquisitionem fugisset. Verum cui id persuaserint? aut quis ignorat, fugere etiam innocentes? memores nimirum responsi ab Alcibiade quondam dati, qui dicebat, stultum esse, si accusatus, cum fugere possit, quaerat absolvi et liberari. Memores etiam plerique sunt illius Plautini: *Nescis tu, quam meticulosa res sit ire ad iudicem?* Postremo, ut Cicero ait, non minus saepe in mentem eis venit potestatis, quam aequitatis iudicis, propterea quod omnes, quorum in alterius manu vita posita est, saepius illud cogitant, quid possit is, cuius in ditione ac potestate sunt, quam quid debeat facere. Eaque ratione nec sola trepidatio ad torquendum sufficit; trepidant enim et innocentes, quos vel reverentia, vel potestas iudicis concutit.

16 Chass. p. 199. n. 13. 1). Moller. 3. sem. 8. Plin. 7. ep. 26.

17 Gail. 2. obs. 209. n. 6. Trans. 2. c. 10 §. ult. Plat. in Alcib. Plaut. in Mostell. Cic. pro Quint.

Collectis igitur omnibus quae diximus, firmiter

Pauli *loc.*. cum illum accipiendum esse de eo, qui in quaestione confessus est, evidentissime probet *cit.* L. *ult.* C. *de accus.* In ea enim idem iuris principium, quod laud. ICtus *cit. loc.* statuerat, statutum aeque reperitur in proposita facti specie, qua reus de se confessus sit. = *Nemo tamen*, en verba leg., *sibi blandiatur obiectum cuiuslibet criminis de se in quaestione confessus etc.* Hanc interpretationem adiuvat quoque Modestinus in L. 16. *de Quaest.* Cum enim in *pr.* locutus esset de repetenda quaestione, in §. 1. monuit, non obtinere ut repetatur ad eruendos conscios tantum; quae optima est Accursii observatio ad *cit.* L.

credendum est, unum indicium ad tormenta non sufficere, plura desiderari, quae verisimile faciant iu-
19 dici accusatoris intentionem. Quid ergo si nullis, aut nimis levibus indiciis motus iudex torserit reum? Confessio a reo facta nullo modo eidem praeiudicare debet, quodcunque enim contra leges fit, id nullius momenti est, *L. non dubium C. de legib.* Leges autem expressim vetant a tormentis initium fieri, *L.* 1. *pr.*, *L. unius* 18. §. *in ea caussa*, *L. ult. D. de Quaest.*, *L.* 3., *L. milites* 8. §. 1. *C. eod.* Ac licet perseveraverit in eadem confessione reus, vel eandem repetierit, condemnari tamen, ut doctores existimant, non potest. Quod enim ab initio nullum est, tractu temporis non potest convalescere. Adhaec si iterata confessio reo noceret, ansa daretur iudici delinquendi; quippe torto reo nullis indiciis praecedentibus, facile confessionis iterationem ab eo obtinere et impetrare posset, atque ita legibus fraus fieret. Quare hoc casu abolita accusatione, omnia ex integro repetenda sunt, *arg. L.* 3. §. *quod si libelli D. de accusat.*

Gomes. d. c. 25. n. 25 Farin qu 37. n. 116 et qu. 83 n. 9. Clar. §. fin. quaest. 55. Zang. d. cap. 2. n.

20 Quid autem si iudicia quidem verisimilia reum onerant, sed sint alia non minus verisimilia, quae eundem exonerare videantur? Recte ab interpretibus responsum, ne hoc quidem casu reum torquendum esse; cum enim indicia indiciis repugnant, argumenta argumentis, perinde id habendum, ac si nullis reus premeretur. Sed si magis prematur, quam excusetur reus indiciis, ad tormenta deveniri potest. In qua re aestimanda, necessario prudentis iudicis arbi-
21 trio aliquid relinquendum est. Quid porro dicendum, si non solum verisimilibus, sed etiam necessariis et luce clarioribus argumentis prematur, si tabulis, et testibus convictus sit, an tormenta adhibenda, ut ad cumulum probationum etiam confessio eius accedat? Minime; veritatis enim eruendae causa tormenta inventa sunt, quae si aliter reperiri possit, aut iam reperta sit, absurdissimum profecto feret, tam duro, et pene ab humanitate abhorrente remedio uti; quid enim conferre amplius tormenta possunt? Itaque merito improbantur eorum mores, qui convi-

Argen. art 41. gl. 2 n 3. Christ. tit. 1 §. 7. n. 6 Dav. 4. c. 3. §. 10. Gomes d. 22 13. n. 80. 25 Cov pract. qu. 25. n 5. Far qu 38 n. 4 et 40 ?

ctos idcirco torquent, ut ne damnati appellare possint. Qua in re duplex pene videtur iniuria esse, et quod torqueant convictos, et quod appellationis beneficium, humanitatis respectu concessum, eisdem praecidant. Nec patrocinatur eis *L.* 2. *C. Quor. appel. non recip.* Ea enim denegat quidem appellationis auxilium iis, qui et confessi sunt, sed confessos intelligit sua voce, i. e. sua sponte; illi vero, qui formidine tormentorum territi aliquid contra se dixerint, praedictum auxilium nominatim concedit. Sed quid si iudex de facto torserit eum, qui legitimis probationibus iam convictus erat, isque magna constantia crimen pernegavit, an propterea absolvendus? Id alii affirmant, defensi a Sarmiento; alii negant, inter quos non infimi Hispanorum Covarruvias et Gomesius. Est et tertia erciscundorum sententia, qui distinguunt inter poenam ordinariam, et extraordinariam; ut haec, hac, non illa iniuste tortus plecti possit. Atque haec mihi quoque prae reliquis probatur, nova tamen ratione, non ea, qua auctores eius usi sunt. Illi enim ita ratiocinantur: Idcirco tortus ordinaria poena afficiendus non est, quia per inficiantionem probationes actoris tantum non elisit, atque enervavit. Adhaec, inquiunt, si non testibus, sed indiciis et argumentis reus convictus sit, non solum idcirco non est damnandus capitis, quoniam inficiatione sua robur indiciorum imminuit, verum etiam quia indicia et praesumtiones indubitatam probationem non faciunt in criminalibus. Posterior haec ratio a nobis confutata est, cum de argumentis dissereremus. Quod ad priorem attinet, ea falsa est: Quaeso enim, qui id fieri potest, ut accusatoris probationes pertinacia sua elidat reus? Probationes contrariis probationibus, testes testibus, tabulae tabulis, aut testibus elidi possunt, posse etiam enervari inficiatione rei, nusquam legimus. Nova igitur quaerenda distinctionis ratio; videtur autem non incommoda haec futura; si dixerimus, idcirco ordinaria poena reum plectendum non esse, quoniam iniuria iudicis tortus, partem aliquam poenae iam exsolvisse videtur. Etenim, ut dictum,

Sarm. l. sel. int. I. n. 1. Chass. p. 258 n. 93. Cov. d qu. 23. n. 5.

22

Gomes. d. e. 13. n. 20. Farin. d. qu. 30. n. 11. Zang. de tort. cap. 5. n. 16. Sand. 5. tit. 9. det. 4. Arg. d. loc.

tormenta veritatis eruendae causa adhibentur, quae si iam eruta sit, tormenta finem et naturam suam mutant, incipiuntque poena potius esse, quam veritatis eruendae modus. Itaque cum bis ob idem admissum reus puniri non debeat, ob cruciatum quem iam sustinuit, aliquanto mitius cum eo agendum erit. Nec tamen in eo quoque auctoribus huius tertiae sententiae assentior, quod huic reo semper ultimum supplicium remittendum sit, sed generalius dico, mitius cum eo agendum, quod etiam in eodem genere poenarum observari potest. Ex. gr. si reus convictus fuerit flammis consumendus, aut membra rota confrigenda, poterit hactenus indulgeri, ut laqueo necetur si laqueo fuerit strangulandus, poterit gladio feriri. Pro gladio porro damnatio ad triremes, vel in metallum, vel opus aliud publicum substinui poterit.

CAPUT IV.

De modo torturae, et eius effectu.

1. *Quo ordine procedendum ad tormenta?*
2. *Quo tempore?*
3. *An indicia edenda ante reo?*
4. *Quid si non petat!*
5. *An testis vacillanti edenda?*
6. *Praecedit decretum.*
7. *A quo appellari potest?*
8. *An accusator appellare potest, si iudex decreverit non esse reum torquendum?*
9. *Quis modus quaestionis esse debet?*
10. *Quomodo interrogandus reus!*
11. *Quando fidem faciat confessio extorta?*
12. 13 *Quid si confessionem retractat reus?*
14. *Quid si duricie vincat tormenta?*
15. *Quid si levior fuerit prima quaestio?*
16. *Absolvendusne inficians a crimine, an ab instantia?*
17. *Quid si simpliciter absolutus sit, et dubitetur, utrum a crimine, an ab instantia?*
18 *Quae ratio contrariae consuetudinis!*

1 Quoniam de personis et causis diximus, nunc quo ordine ad torturam perveniatur, quis eius sit modus, postremo quid operetur, et quanta sit habenda fides, tradendum. Igitur ante omnia perspiciendum iudici an crimen in medio sit, et extet, cuius quis insimulatur. Nam si de familia quaestio non habetur, nisi

Moller. 3. semest. 4.

constet dominum occisum esse, *L.* 1. §. *item illud* 24. *D. de SC. Silan*, quanto minus liberi homines torquendi, antequam crimen, quod in iudicio versatur, vere admissum esse constiterit? Quod si scelus occultum sit, veluti adulterium, venus monstrosa, incestus, sufficiet de eo scelere per coniecturas quasi constare. Nec enim verisimile quemquam taedio vitae confessurum rem nefandissimam, cum perire volens alia crimina minus nefanda in se confingere possit. Secundo, si crimen exstet, videndum, an eiusmodi sit, ob quod reus torqueri possit. Tertio, an persona tormentis subiici possit. Quarto, an gravetur reus indiciis et argumentis verisimilibus. Quinto, ut ne ad torturam perveniat iudex, antequam causa utrinque ventilata, testes, tabulae, argumenta in medium prolata fuerint: seu, ut interpretes loquuntur, antequam processus fuerit publicatus. Quod quanquam totidem verbis in iure non legitur, ratione tamen iuris colligitur; quippe, ita adhibenda tormenta sunt, si veritas aliter inveniri non possit; id ipsum autem, inventa sit veritas, nec ne, constare non potest, nisi ventilata causa, et tabulis testibusque productis. Sexto requirunt doctores, ut ne torqueatur reus antequam exemplum seu copia indiciorum ei data fuerit, et iusta dilatio, ut defensionem parare et indicia contrariis argumentis elidere possit. Verum hoc requisitum moribus magis hodiernis, quam iuri Romano consentaneum videtur. Quippe iure Romano cum testes palam atque praesente reo sint examinandi, potestas etiam interrogandi testes in se surgentes eidem fuerit concessa, frustra petat indiciorum exemplum, cum quid quisque in se dixerit, ignorare non possit. Sed postquam usu iudiciorum obtinuit; et informationem quam vocant praeparatoriam, ignorante reo fieri, et testes absente utroque litigatore testimonia deponere, utique consequens est, exemplum eorum indiciorum, quibus reus premitur, nomina etiam testium ei communicari, ut adversus ea excipere et disputare possit. Quod quidem exemplum etiam non petenti reo dandum esse, uti communis, ita verius est. Iudex quippe,

Zang. de tort. cap. 5. n. 57.

Gomes. 3. resol. 3. n. 29
Far. qu. 39. n. 154.

2

3

Clar. §. fin.
Gomes. d. c. 13. n. 12.
Farin qu. 39. per tort. cap. 3.

Farin. d qu. 39. n. 90. 97.

4 inter actorem et reus medius, supplere debet ea, quae
ab utroque, sed in primis a reo omissa fuerint, *L. un.*
C. Ut quae def. adv. part, *L.* 9. §. 1., *L. pen. de inter-*
5 *rog. in iur. fac.*, *L.* 3. §. *idem Hadrianus D. de testib.*,
L. 22. *C. ad Leg. Corn. de fals.*, *L.* 1. *C. Th. de iud.*,
c. adferte de praesumpt. Quoque magis salutis defen-
sionem reus negligere videtur, eo suspectior res erit
iudici, ne forte perire festinet, *arg. d. L.* 1. §. *ult D.*
de Quaest. Sane si testis ob testimonium vacillans tor-
quendus sit facilius obtineri posset, non esse ei dan-
dam indiciorum copiam; sed nec advocatum, propter
periculum subornationis. Septimo requiritur decre-
tum, seu interloquutio iudicis, qua pronuntiet, *Vi-*
deri sibi reum eculeo imponendum. Et ab ea quidem
6 interloquutione appellare reo permittitur, quoniam
Zang. de tort. cap. 4. 3. gravamen eiusmodi continet, quod, nisi statim ap-
pelletur, corrigi postea non possit. Verbis enim sati-
sfieri non potest ei, cui re iniuria facta est, *L.* 1. *D.*
de appell recip. Quod si contra, cum accusator postu-
7 laret reum tormentis interrogari, pronuntiaverit, *non*
Gomes. d.c. 13. n. 23. Far. qu. 38. n. 28. 20. *iure id accusatorem postulare*, an accusator quoque
ab ea interloquutione appellare potest? Gomesius exi-
stimat posse ob id, quod haec interloquutio non mi-
8 nus gravis sit accusatori, quam prior reo. Sed male;
non enim accusatori idem cruciatus corporis imminet,
qui reo. Accusator absoluto reo, appellare a sententia
definitiva potest; reus autem tortus frustra sententiam
exspectat, cum factum infectum fieri non possit. Octa-
vo et ultimo, si plures torquendi sint, initium a timi-
dissimo, a suspectissimo, vel eo, ex quo facillime verum
exprimi potest, faciendum, *L.* 1. § 2., *L. unius* 18. *D.*
9 *de Quaest.* Ad modum quaestionis quod attinet, is
eiusmodi esse debet, ut salvus sit reus vel innocentiae,
vel poenae, *L.* 7. *L.* 10. §. *tormenta*, *L.* 18. §. 1. *D. eod.*
Gomes. d. c. 13. e. 5. Farin. d. qu. 3, 52. Far. d. q. 33. n. 32 Salvus autem secundum quosdam intelligitur ille,
qui nec vitam perdidit, nec membrum aliquod. Adden-
dum, nec vires, homini eiusdem conditionis necessa-
rias: quid enim si sutor, si faber, si arator fuerit tor-
tus, quis dixerit salvum esse innocentiae, si ita vires
fractae sint, ut operis diurnis familiam exhibere

non possit? Recte igitur monent qui praecipiunt iudici, ut quoniam medium tenere difficile est, in defectu potius peccet, quam in excessu. Eadem de causa illud quoque recte praecipitur, ne torqueat iudex reum statim a prandio, vel post sumtum largiorem potum, aut cibum, non quod difficulter verum fassurus sit, qui confidentiam, ut ille aiebat, in ventre habet; sed quod periculosior pleno ventre sit distentio, Tiberii haec saevitia fuit; ut larga meri potione per fallaciam oneratos, repente veretris deligatis, fidicularum simul urinaeque tormento distenderet, Ab huiusmodi saevitia iudex aequus longissime abesse, et abhorrere debet.

Sueton. in Tiber.

10 Distentus autem in eculeo reus quemadmodum interrogandus sit videamus: In *L.* 1. §. *qui quaestionem D. de Quaest.* scriptum est, interrogandum esse reum generaliter, quis fecerit, non an L. Titius fecerit; hoc enim suggerentis magis, quam requirentis videtur. Idque in primis locum habet, cum testis per tormenta interrogatur, aut in reum de consciius quaeritur. Ceterum si de suo facto interrogetur reus; non est interrogandus, Quis fecerit; sed an ipse fecerit, Quemadmodum apud Comicum senex ancillas interrogat.

Confer Gomes. d. c. 13. n. 23 Far. q. 79. n. 78. et qu. 5. c. 4. Christ. tit. 1. §. 9. n. 9.
Plant. in Trucul.

CAL. *Quid puero factum est, mea quem peperit filia,*
Meo nepote? capita rerum mihi expedite. AN. *istas dedi,*
CAL. *Iam tace: accepistin puerum ab hac?* AN. *accepi.* CAL. *tace,*
Nihil moror praeterea, satis est falsa.

Sed et quod de testee dicitur, generaliter interrogandum, id ita verum, cum auctor criminis ignoratur, ceterum si Titius reus arguatur, etiam testis interrogandus in specie, An Titius fecerit. Nunquam vero reus eo modo interrogandus, quo Augustus parricidii reum interrogavit, *Certe patrem tuum non occidisti*: Quid enim hoc aliud est, quam dicere reo, *Si fecisti, nega*? Est et illud utilissimum, non solum interrogari reum de crimine, sed et de causa criminis; idcirco enim L. Cassius ille, quem Pop. Rom. verissi-

Cic. pro Sext. Rosc.

mum et sapientissimum iudicem putabat, identidem
in causis quaerere solebat; cui bono fuisset, quoniam
ad maleficium nemo conatur sine spe atque emolu-
mento accedere.

Quantum ad fidem, ea neque semper, neque nun-
11 quam confesso habenda; est enim tortura res fragilis,
et quae veritatem fallat, *L.* 1. §. *quaestioni D. de*
quaest. Si tamen confessio rei cum aliis argumentis
et indiciis concurrat, reus perinde ac probato crimi-
ne condemnari potest; in primis si et mens, et ser-
monis constantia, et existimatio aliqua rei accedat,
d. L. 1. *pr.* §. 4, *L.* 10. §. *pen. D. eod.*, et remoto ecu-
leo, perseveret in eadem confessione reus, quam fidi-
culae extorserant. Cuius rei explorandae gratia non
male fori usus horas xxxv. definit, quibus elapsis, con-
fessio tormentis expressa reo praelegatur, rogeturque
an in ea perseveret. Si perstiterit, condemnari potest.
12 Quod si eandem recantet, repeti tormenta possunt,
ut omnes doctores unanimiter censet. Quod si secun-
dum tortus fateatur, sed remoto eculeo rursum neget
crimen, etiam tertium torqueri potest. Quo casu si
tertium faciat, quod iam bis fecerat, id est, in
eculeo fateatur, amoto eculeo retractet confes-
sionem, absolvendus est. Quid autem si admo-
vendus eculeo, ut effugiat tormenta statim fateatur
crimen, dein neget? Ne eludat hoc commento tormen-
ta, nihilominus torquendus est. Quid si cum prima
vice torqueretur, magna constantia pernegaverit cri-
men, an repeti quaestio potest? Posse ex causa repeti
13 quaestionem innuit *L. repeti* 16. *D. de quaest.* At quae
causa iusta? Si reus evidentioribus argumentis oppri-
matur, *L. unius* 18. §. 1. *D. eod.*, id est, ut Dd. com-
14 muniter exponunt, si nova emersarint indicia; nam
absque novis indiciis multi adeo non permittunt quae-
stionis repetitionem ut etiam absolvendum ab instan-
tia vel dato idoneo fideiussore relaxandum reum exi-
stiment; purgata enim esse indicia, si quibus preme-
batur, per tormenta. Usus tamen fori fere contra
observat, ut non solum repetatur quaestia, si nova
emerserint indicia; sed et si priora fuerint valde ur-

Gom. d. c. 13. n. 24. 26. 27. Clar. §. fin. qu. 64 n. 40.

Dav. 4. c. 3. §. 11. Amst. 7. §. 4. et 5 Instr. cur. 20. §. 11. et 12 Far. qu. 83. n. 2. et qu. 38. n. 91. 105. Zang d. cap. 5. n. 76. Coler. decis 183. Diss. Imb 3. c. 13.

Moller. 3. semest. 41

Quintil. decl. 358. Zang de tort. cap. 5. n. 11. Clar. d. q. 64. n 58. 45. Farin. qu. 38. n. 71. 106.

gentia. Quam interpretationem *d.* §. non aspernatus, cum ait, *evidentioribus argumentis oppressus*: verbum enim, *oppressus*, praeteriti non futuri temporis est, adeoque et eum designat, qui ante quaestionem primam evidentioribus argumentis premebatur. Quod si 15 secundam quoque quaestionem reus duritie animi superaverit, non est deveniendum ad tertiam, nisi nova emergant indicia; emergentibus autem indiciis; si tertiam quoque magna firmitudine sustinuerit, absolvendus est. Est et illa iusta causa repetredae quae- 16 stionis, si levior prima quaestio fuerit, quam aut criminis magnitudo, aut robur torquendi exigant, *arg. d.* §. 1. *verb. Si in tormenta corpus animumque duraverit.* Qucd si tum quoque repetitam quaestionem pernegando superarit, ad tertiam absque novis indiciis non est perveniendum.

Clar. d. n. 46. Far. d. q. 38. n. 83.

Sed cum aliquoties dixerimus, absolvendum esse eum, qui aut tormenta patientia vicerit, aut ter tortus, toties confessionem in eculeo factam recantarit, videndum, utrum ab instantia duntaxat, an ab ipso crimine absolvendus sit? Plerique ab instantia duntaxat absolvendum censent, vel ut ipsorum verbis utar, *rebus sic. stantibus*; aut relaxandum seu dimittendum datis fideiussoribus iudicio sisti, quoties se iussus fuerit. Sunt et qui sub repromissione reum dimittunt, ita ut data dextra promittat iudicio sisti, sub poena convicti. Argumenta eorum duo sunt; prius ratione, posterius testimonio constat. Ratio haec est: Quemadmodum non est damnandus reus, si actor crimen non probet: ita nec absolvendus a crimine, si non ipse probet innocentiam. Iniquum enim foret hominem dubiae innocentiae, si repetatur, praescriptione rei iudicatae se tueri, *L. ita vulneratus* 51. *D. de Leg. Aquil.* Pro testimonio adducitur *L. si. hi. qui.* 24. *C. ad. Leg. Jul. de. adult*, ubi qui proximitatis obtentu crimen adulterii depulorant, id est, fuerant. obsoluti, repetuntur, si postmodo nuptias contraxerint. Absolutionem igitur ab instantia, non a crimine fieri necesse est. Adduci pro eadem sententia M. Popilii Praetoris factum poterat, qui mulierem quamdam, quae ma-

Clar. § fin. q. 21. n. 36. et qu. 62. n. 4. Far. qu. 4. n. 23. et seq. Covar. 1. resol 1 n. 8. in fin. Menoch. 2. de arb. cas. 273. Zanger d. cap. 3. n. 2. et seqq insir Cur. 30 §. 10. Dav. 4. c. 3 §. 4 Val. Max. lib. 8. cap. 1.

trem fusti interemerat, neque condemnavit, neque absolvit; quia constabat, veneno necatorum liberorum dolore commotam, quos avia filiae infensa sustulerat, parricidium ultam esse parricidio. Quorum alterum ultione dignum, alterum absolutione non dignum iudicatum est. Publius quoque Dolabella, cum Asiae praeesset matrem Smyrnaeam, quae virum et filium interemerat, cum ab his optimae indolis iuvenem, quem ex priore viro enixa fuerat, occisum comperisset, ad Areopagi cognitionem relegavit. Areopagitae inspecta causa, et accusatorem et ream post centum annos adesse iusserunt, ut differendo quaestionem, damnandi atque absolvendi inexplicabilem couctationem evitarent. His argumentis communis sententia defendi potest: quibus tamen non obstantibus contrariam veriorem puto; nempe absolvendum reum a crimine, non a sola instantia. Quam sententiam licet pauciores defendunt, non infimae tamen notae auctores sunt. Ex iis Gomesius sententiam hanc duobus potissimum argumentis tuetur. Primum, Accusatore non probante reus absolvitur, *L. 4. C. de edend.* Verbum autem absolutionis, in dubia re, absolutionem a crimiue potius, quam ab instantia significat. Secundum, Si ab instantia duntaxat absolveretur reus, semper de salute sua incertus et anxius inter spem metumque penderet. Atqui id durum et inhumanum est; et ideo Alciatus, vir sine controversia maximus in *L. si calvitur* 233. *D. de. V. S.* errare scribit vulgares latrunculatores, qui si reum convincere nequeant, eum *rebus sic stantibus* absolvunt, ut quandocunque vel minima coniectura duci rursus in carcerem trudant. Adiiciamus tertium ex *L. ult. D. de. calum*, ubi servus tortus absolutus est, non rebus sic stantibus, sed ab ipso crimine; nam si ab instantia duntaxat absolutus fuisset, neque de calumuia accusatoris statim quaeri, neque in duplum pretium domino servi damnari potuisset. Quartum, et quintum adiicit Alciatus. Quartum, Causae criminales biennio sunt terminandae; id autem fieri non posset, si res differrentur potius: quam absolverentur. Quintum,

Gomes. d. c. 13. n. 28. Menoch. 1 praes. 93. Alc. in l. fin. calvitur de V. S.

ium accusatori statutus est terminus ad probandum, Csintra terminum non probet, reus definitive absolvendus est, *L. properandum* 13. §. *et siquidem C. de. iud.* Igitur et definitive absolvendus, qui ter tortus, toties pernegavit crimen. Verum haec Alciati argumenta si pressius examines, probabilia, non necessaria invenies. Nos quarto loco fortius ita argumentabimur. Eiusdem criminis, cuius quis semel accusatus est, non potest iterum accusari, nisi aut novus accusator suum dolorem persequatur, doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam, vel impeditum quo minus temperius ageret; aut nisi doceat, praevaricatione prioris accusatoris reum absolutum esse, *L.* 7. §. *iisdem D. de accus. L.* 3. §. 1. *D. de praevar.*, *L.* 4. §. *ult. D. ad. Leg. Jul. de. adult.* Igitur absolutio, etiam quo casu accusator crimen, reus innocentiam non probant, ab ipso crimine fit, non ab instantia: nam si ab instantia duntaxat fieret, frustra leges desiderarent doceri illa, quae diximus. Sed ne quis cavilletur, has leges restringendas ad eum casum, quo idcirco a crimine reus absolutus est, quod innocentiam demonstrasset, omnem adversariis tergiversationem praecidet *L.* 11. *C. de. accus*, in qua scriptum, *Si quis homicidii crimen existimat persequendum, secundum juris publici formam debebit eum, qui in primordio homicidii postulaverit reum, neque probaverit, ideoque reus absolutus est, praevaricationis arguere.* Demonstrat igitur perspicue, quoties ideo reus absolvitur, quod actor crimen non probat, a crimine eum absolvi, non ab instantia duntaxat. Iam si reus idcirco absolvatur, quod ter tortus, toties aut negaverit crimen, aut confessionem recantarit, etiam ista ratione uti quis posset; iniquum esse, non a crimine absolvi eum, qui toties tortus est, cum in repetitione cruciatus satis poenae sit, multique malint vel semel mori, quam ter in eculeo distendi. Videamus nunc quemadmodum adversariorum argumenta diluenda sint; Quod obiiciunt, iniquum esse, ut homo nocens praescriptione rei iudicatae se tueatur, id in thesi verissimum est: in ea hypotesi, de qua nunc di-

sputamus, falsum. Etenim si reus ter tortus sit, aut accusator crimen probare non possit, longe aequius reum absolvi, quam animi et salutis anxium semper pendere. Quod ad *L.* 34. *C. ad. Leg. Jul. de adult.* respondet ita Gomesius, ut fingat, contractum ibi fuisse matrimonium pendente iudicio, et ante sententiam iudicis; non mirum ergo pro convictis eos haberi. Verum id verbis legis nequaquam quadrat. Planius et expeditius dicemus, ius per id rescriptum constitutum singulare esse, et ideo ad consequentias minime producendum. Quantum vero ad exempla ex Valerio Maximo a nobis adducta, facile responderi potest, esse ea a proposita quaestione aliena. Nos de iis casibus loquimur, ubi non ius, sed facti probatio deficit: In exemplis adductis crimini auctor certus erat; de iure quaerebatur, an poena parricidii dignus, qui iustissimo dolore incensus, parricidium parricidio ultus est. In ea haesitatione placuit sapientissimis viris, reos neque absolvi, neque condemnari. Nihil igitur ad propositam quaestionem.

Porro hac sententia obtenta, prope supervacua futura est altera quaestio, qua quaerunt doctores, si reus simpliciter absolutus sit, neque criminis, neque instantiae facta mentione, utrum a crimine, an ab instantia censendus sit absolutus? Nam si a crimine absolutio fieri debet, utique etiam in dubio ita facta censebitur, uti iure fieri debuit. In primis cum proniora sint iura ab liberandum, et satis sit vel nocentem absolvi, quam innocentem condemnari, *L. Arrianus.* 47. *D. de O. et A.*, *L.* 5. *D. de poen.* Postremo certae sunt causae, ob quas absolutio ab instantia fit, abolita accusatione, non crimine, enumeratae a nobis infra *Tit. Quib. mod. aut. crim., aut. accus. toll. cap.* VI., inter quas non reperitur illa, quod actor crimen non probaverit, quod reus ter tortus aut pernegaverit crimen, aut confessionem tormentis expressam recantaverit. Plerique tamen interpretes contra docent, in dubio censeri absolutionem potius ab instantia, quam a crimine factam; nec poterant sane aliter docere, quoniam in praecedenti quoque quaestione,

Clar. §. fin. qu. 57. n. 3. Farin. qu. 4. n. 28.

ex qua praesens dependet, quoniam in praecedenti quoque quaestione, ex qua praesens dependet, a iure Romano recesseranr. Nunc illud adnotemus, ta- 18
metsi doctrina communis legibus et moribus Romanorum minime conveniat, hodiernis tamen temporibus non male quadrare. Etenim Romae delatores, atque accusatores erant plurimi, per quos, dum aut saevitiae Principum adreperent, aut praemia legibus definita sectarentur, etiam innocentes multi circumveniebantur, ut necesse fuerit eorum improbitatem et multitudinem coercere, legesque quasdam reis salutares constituere; inter quas et illa numerari potest, ut accusatore non probante reus, etiamsi innocentiam non probaverit a crimine absolvatur. At hodie delatores rarissimi; innocentia secura; quinimo ne licet quidem plerisque locis privatis accusare, sed soli fisco; non mirum ergo, cum pleraque scelera defectu accusatoris impunita abeant, eo iure hodie nos uti, ut qui iudicio oblatus fuerit, non aliter a crimine absolvatur, nisi innocentiam demostraverit.

CAPUT V.

An Tormenta Legitimus Veritatis

indagandae modus? 2. Et de poena iudicis qui quem contra leges torsit.

Quoniam in controversiis praesentis tituli aliquoties restrictius leges interpretati sumus, causam instituti nostri praesenti capite reddendam dixi. Causa autem non alia est, nisi haec; quod non satis liqueat, an tormenta sint legitimus veritatis exprimendae modus. Nam cum rationis lance trutinamus argumenta, quae utrinque, et pro tormentis, et contra tormenta adducuntur, valentiora videntur, quibus oppugnantur quam quibus defenduntur. Defendi possunt ita, Ipso usu exigente et iudiciorum commodo inventa sunt tormenta; quippe, non semper testibus, quod

intendit accusator, firmare potest; nec tabulae semper in promptu; rarissime autem argumenta omnia ita in unum consentiunt et conspirant, ut luce meridiana clariorem probationem efficiant. Quo casu sicut damari non debet, qui convictus non est, ita nec absolvi, qui suspectus. Tutissima igitur media via, qua per tormenta exprimitur confessio, ei quem iniquum est absolvi. Nec improbat institutum successus; ita enim feliciter per eculeum exprimitur veritas, ut Cicero scripserit in Topicis, ipsam veritatem videri dicere, quae verberibus torti, in igne fatigati dicunt. Et quemadmodum verum plerunque exprimit illa necessitas, quae a perturbationibus animi oritur, veluti dolore, cupiditate, iracundia, metu, ita nihil vetat, etiam necessitatem, quae per corporis cruciatum verum reo extorquere imponitur. Unde veteres quoque quaestionen, necessitatem vera fatendi dixerunt. Neque enim recens instituitum est, sed vetus, adeo ut more maiorum inventam quaestionem Cicero testetur. Nec apud Romanos duntaxat, sed et veteres Graecos in usu fuit.

Matth. 18. v. 14. Quin etiam in sacris tortorum mentio facta, arguit non omnino ignotum Hebraeis hunc quamlibet rigidum veritatis eruendae modum fuisse; quod tamen, qui quaestionem oppugnant, vel in primis obiicere

Act. 22. v. 25. solent. Quare et D. Paulus, cum veritatis exprimendae causa, loris a Tribuno caedi iussus esset, non eo colore quaestionem deprecatus est; quod iniquum esset quemquiam torquere; sed quod civis Romanus esset: *si hominem Romanum*, inquiebat, *et indemnatum licet vobis flagellare*? Iam cum in legibus Mosaicis mulieri de adulterio suspectae iubetur potio amara praeberi, ut tumescentis ventris tormina ream flagitii prodant, non leve id pro asserendis tormentis argumentum videtur. Nam si potio dari potuit, cuius efficacia proderetur adulterium; qui minus eculeus adhiberi, cuius viribus manifestetur homicidium, aut simile crimen? Atque ita quidem tortura defenditur; sed oppugnatur eadem, ut dixi argumentis valentioribus. Quorum primum et praecipuum est, quod a naturali aequitate prorsus abborreat cruciari quen-

Num. 6. v. 13. et seqq.

quam, antequam constet nocentem esse. Omnis enim cruciatus corporis poena est, etiamsi ante sententiam inferatur. Poena autem esse non debet, ubi peccatum non est; cum peccati sit animadversio. Secundum, quod falsa plerunque dicendi causam praebeant tormenta, sive durum et robustum, sive infirmum torseris. Robur enim mendacium facile facit, infirmitas necessarium. Itaque dolorem fugientes multi in tormentis ementiti persaepe sunt, morique maluerunt falsum fatendo, quam vere inficiando dolere. Alii aut natura corporis aut consuetudine dolendi vim tormentorum eluserunt. Alii ementiti sunt in eos, quos oderant, ut Cicero ait *in Partit.* Tertium, quod ipsi JCti fateantur, quaestionem esse rem fragilem, et periculosam, et quae veritatem fallat; plerosque enim duricie tormenta contemnere, alios tanta esse impatientia, ut quidvis mentiri, quam pati tormenta velit, *L.* 1. §. *quaestioni D. de Quaest.* Quartum, quod modus quaestionis non tam in potestate iudicis, quam carnificis sit, qui etiam spectante iudice fucum facile facere potest, et eos quidem, unde nihil sperat compendii, cruciare reliquis unde pretium sperat, parcere. Quam ob causam vir doctissimus Ant. Mornacius scripsit in *L.* 7. *D. de probat.* damnare reum tormentis, nihil fere amplius esse, quam eundem absolvere, atque hoc propter redemtas tortorum manus qui etiam praesentes iudices ementitis fidicularum intentionibus decipiunt. Quintum, quod damnato et occiso reo iudex adhuc nesciat, utrum nocentem, an innocentem occiderit. Id ipsum autem absurdissimum condemnare quemquam, de cuius crimine adhuc non constet. Sextum quod cum plurimae in sacro codice leges iudiciariae inveniantur, nullum tamen quaestionis vestigium reperiri queat. Minime vero verisimile est, si ad veritatem indagandam quaestio necessaria esset, Deum Opt. Max. cuius leges sine scelere imperfectionis argui non possunt, tam praeclarum inventum praetermissurum fuisse. Septimo loco Augustini auctoritas adduci potest, qui XIX. *Lib. de Civit. Dei cap.* VI. quaestio-

nem his verbis damnat, *Quid, cum in sua quisque causa torquetur, et cum quaeritur, utrum sit nocens, cruciatur, et innocens luit pro incerto scelere certissimas poenas non quia illud commisisse detegitur, sed quia non commisisse nescitur. Ac per hoc ignorantia iudicis plerunque est calamitas innocentis. Et quod intollerabilius, magisque plangendum, rigandumque, si fieri posset, fontibus lacrimarum; cum propterea torqueat iudex accusatum, ne occidat nesciens innocentem, fit per ignorantiae miseriam, ut et tortum, et innocentem occidat, quem ne innocentem occideret, torserat? etc.* Quem in locum Augustini vir magno iudicio praeditus Ludovicus Vives dum commentatur, tyranni hoc immanioris inventum esse scripsit, tormentis inquirere veritatem; miraturque cum a plerisque barbaris gentibus damnetur, homines omni humanitate praeditos eo uti. Tandem concludit ita: *Locus est apud rhetores communis, de tormentis, et contra tormentis. Fortissima sunt, quaecumque contra tormenta dicunt, quae vero pro tormentis futilia et imbecilla.* Hactenus Vives, cuius iudicio nos quoque non inviti subscribimus. Nec difficile videtur ad argumenta pro tormentis adducta respondere. Nam quod ad primum attinet, quo dicebatur usu iudiciorum inventa tormenta esse, ne absolvere suspectum cogamur; facile negari potest, ex usu iudiciorum id esse torqueri reum qui convictus non est cum longe sit satius vel nocentem absolvi, quam innocentem torqueri, *arg. d. L. 5. D. de poen.* Sed nec necesse, absolvi a crimine eum qui damnari nequit, cum possit iudex vel id facere, quod moribus hodie observatur; id est, absolvere ab instantia, non a crimine; vel quod veteres solebant: cum causa ad damnationem idonea non erat, id est, ampliare causam, seu pronuntiare, *Non liquet.* Ita enim fiet, ut nec innocens crucietur, nec nocens effugiat poenam; cum ab instantia absolutus, repertis novis probationibus quandoque repeti possit, et ampliata causa reus saepius accusari, saepius defendi possit. Ad secundum quod attinet, a successu et experimen-

Quintil. decl. 538. 379.

tis desumtum, huic locus communis de experimentis obiici potest, qui docent, experimenta incerta, periculosa, fallacia esse. Itaque ut multis nocentibus per tormenta exprimatur veritas, non dubitandum tamen, tormentorum vi periisse plures innocentes. Cuius autem rei tam lubricus et periculosus casus est ut paulo momento aut nocens elabi, aut innocens opprimi possit, ea iudex sapiens, qui in consilio pietatem habet et religionem, nequaquam uti debet. Tertium argumentum a vetustate desuntum, nihil probat; non enim bona omnia, quae antiqua; habet et novitas, quae opponere possit laudi vetustatis. Quae quarto loco ex sacris adducuntur, speciem duntaxat et colorem habent, non sanguinem et nervos. Nam quod ad Paulum attinet, non mirum eum iure civitatis adversum quaestionem se defendisse; cum enim cum tribuno Romano ei res esset frustra de iure disputationem instituisset apud eos, quibus persuasum erat, inconditum ac ridiculum esse ius omne praeter Romanum. Quod vero ex Mose adducitur de potione amara et maledicta, quae bibenda dabatur mulieri adulterii suspectae, id nihil ad rem; praeterquam enim quod ius istud Hebraicae gentis singulare et proprium fuit, etiam tormina illa non quaestio, sed poena adulterae fuerunt. Nam si questio ea fuisset, utique etiam innocentibus attulisset cruciatum; atquin ab innocentibus sine noxa bibebatur potio; poena igitur, non quaestio fuerit, necesse est. Ita ad argumenta contrariae sententiae respondendum videtur. Nunc si quis me roget, nullone casu quaestionem licite adhiberi posse putem? dicam, duos casus sive caussas excipiendos videri: Crimen maiestatis, et cum reus convictus in conscios torquetur. Quod ad maiestatis crimem attinet, quoniam rigor iuris, licet ex iniquo aliquid trahat, utilitate publica rependitur, dixeris suspectum torqueri posse. Nequaquam tamen dixeris, etiam nullis indiciis oneratum torqueri posse; id enim ab humanitate ita alienum, ut nec utilitate publica rependi possit. Quantum ad convictos, si crimen admissum atrox sit; et eiusmodi, ut absque

aliorum ope admitti non potuerit, non iniuste dixeris, in conscios eum interrogari posse; dum tamen ne torqueatur ille, qui mox ad supplicium ducendus est. Etenim supervacua est quaestio, cum iam laqueus faucibus, aut gladius carnificis cervici imminet; facileque fatebitur sine tormentis qui momentum sibi superes se videt ad vitam. His casibus exceptis; non facile crediderim posse quenquam tormenti salva conscientia subiici; de quo dubitetur, utrum nocens sit, an innocens.

Absovimus pleraque omnia de quaestionibus; restat illud solum, ut dicamus, quae sit poena iudicis, qui quem contra leges torsit. Et siquidem dolo malo iudex reum ita torserit ut sub manu carnificis animam efflaret, non est dubitandum in Legem Corneliam de sicariis eum incidere. Si non occiderit, in insulam deportandus videtur. Quod si pecuniam acceperit, ut torqueret, etiam Lege Julia repetundarum tenetur; *L. 1. D. ad Leg. Corn. de sicar.*, *L. 7. §. ult. D. ad Leg. Jul. repet.* In Legem sane Juliam de vi publica incidit, sive tormentis enecaverit, sive cruciaverit, sive pecuniam ob id acceperit, sive non acceperit; nam si in eam Legem incidit, qui civem contra ius fasque verberat, quanto magis qui eculeo imponit, *arg. L. 7. D. ad Leg. Jul. de vi publ.* Nec liberorum duntaxat hominum, sed et servorum curam aliquam legislatores gessere, ne sine causa in eos saeviretur ut adparet ex *L. 4. §. 1. D. ad Leg. Jul. de vi priv.*, *L. ult. de calumn.*, *L. si postulaverit 27. pr. et §. ult. D. ad Leg. Jul. de adult.*, *L. 6. D. de Quaest.*, *L. 6. C. de calumn.*, *L. item apud 15. §. praetor ait 34. at seqq.*, *L. nec magistratibus 32. D. de iniur.* Quod si non dolo, sed per imperitiam contra leges aliquem torserit, extra ordinem puniendus erit, *arg. L. 1. §. D'vus Hadiranus, L. 3. §. adiecto*, *L. 4. §. 1. D. ad Leg. Corn. de sicar.*, *L. 5. §. ult.*, *L. 16. §. eventus*, *L. 28. §. incendiarii. D. de poen.* Plura hac de re videri possunt apud Clar. *§. fin. qu.* 64., et Gomes. 3. *resol.* 13. *n.* 6. Farin. *quaest.* 37. *n.* 118. *et quaest.* 41. *n.* 9. Monach. 2. *de arb. cas.* 340.

Zanger. *de tort. cap.* 4. *n.* 20. *et seqq.* Coler. *dec* 164., *n.* 11. Arg. *art.* 41.

TIT. XVII.

DE SENTENTIA, ET EIUS EXEQUUTIONE.

CAPUT. I.

De Conclusione Causae.

1. *An in criminalibus causis fit conclusio?*
2. *Quomodo facta fuerit?*
3. *Quomodo hodie fiat?*
4. *Obsitne reo, accusatori, iudici?*
5. *Audiendusne reus post sententiam?*

In causis criminalibus nullam fieri conclusionem, qua renuntient allegationibus suis accusator et reus, a multis creditur. Modestius illi mihi loquuti videntur, qui dixerunt, fieri quidem conclusionem in causis criminalibus, sed eam reo non obesse; quo minus etiam potest conclusionem innocentiam suam argumentis quibuscunque docere possit. Id enim innuit. *L. unius* 18. §. *cogniturum D. de Quaest.* docens. *Quocunque tempore postulanti reo defensionem dandam* (1) Fiebat autem conclusio olim quidem, cum oratores allegatis utrinque omnibus argumentis dicebant *Dixi*; tum enim et Praetor; ab utraque parte oratione consumta, pronuntiabat *Dixerunt;* atque ita in consilium mittebat iudices, id est, dimittebat iudices ad sententiam dicendam, ut Asconius II. *et* III. *Verr.* docet. Hodie vero conclusio fit, cum uterque litigator, accusator et reus, allegationibus suis renun-

1 Vide Imb. 3. inst. for. 19. Cla. §. fin. qu. 61. in fin. Zan. in l iudices. n 23. C. de iud. Gomes. 3. resol. 13. n. 53.

2

(1) Quod attinet ad hanc quaestionem; et ad veram *cit. leg.* interpretationem, vid *Not. super.* (1) ad *Cap.* 4., *tit.* 15., *num.* 5.

tiant, nihilque quod diiciant habere se dicunt, *Nov.*
3 115. *cap.* 2. Quae conclusio, seu renuntiatio accusatori magis, quam reo obesse debet. Imo nec accusatori obest, si iudicis potestatem respicias, qui ut maxime renuntiatio utrinque facta sit, si de causa nondum liqueat, ulteriores allegationes requirere potest. Et hoc est, quot Dd. dicunt, Iudici in causa nunquam concludi (2). Illud probare non possum, quod nonnulli scripserunt, reum etiam post condemnationem ad defensionem admittendum esse. Quippe, non possit iudex admittere defensionem rei, nisi etiam retractet sententiam suam. At non licet iudici mutare sententiam semel dictam, *L. quod iussit* 14., *L.* 45. §. 1., *L.* 55., *L.* 62. *D, de re iud.*, *L.* 2. *C. de sent. ex peric. recit.* Igitur nec defensionem rei admittere poterit, nisi dixeris, audire quidem posse defensionem rei post sententiam; nec tamen sententiam ipsum suam rescindere, sed ad Principem referre, ut is poena reum libenter admittam, cum non obscure id significetur *d. L.* 1. §. *si quis ultro D. de Quaest.*, *L. Divi* 27. *D, de poen.* (3).

---

(2) Consul *Cod.* Leopold. *Art.* 29. ibique meas observationes.

(3) Ex citatis textibus non illud proprie eruitur, Iudicem post sententiam rei defensionem audire posse ut ad Principem referat, suspensa interim ipsius sententiae exequutione; in priori enim Principi post dictam sententiam scribere iudicem oportere Ulpianus ait, cum ratio innocentiae constiterit ex iis quae ipse iudex post rei damnationem necessario peragere debuerat. Vid. relatum Divorum Fratrum rescriptum in *cit.* L. 1. §. ult. *de Quest.* In posteriori autem adeo pro certo ponitur dictam sententiam exequutioni absque ulla suspensione fuisse mandatam, ut facti species de eo proponatur, de cuius innocentia constiterit, postquam poena iam afflictus sit. Imo ex L. 6. §. 9. D. de *iniust. rupt. testam.* etc. aperte eruitur, eo tantum casu poenam esse sustinendam, quoad Princeps rescripserit ad literas Praesidis, quo provocantis appellatio non fuerit recepta.

CAPUT II.

De Sententia.

1. *Si quaestio civilis incidat in crimen, an de ea pronuntiare iudex possit?*
2. *Iudex pronior ad absolvendum esse debet*
3. *Actore non probante, utrum a crimine, an ab instantia absolvere debet?*
4. 5. *Formulae absolvendi.*
6. *Formulae damnandi.*
7. *An causa damnationis exprimenda?*
8. *An poena in specie exprimenda?*
9. *Quid si poenam pecuniariam eludat egestus rei, quomodo pronuntiandum?*
10. *Quid si constet tempore sententiae rerum solvendo non esse.*
11. *Sententia a sedente pronuntianda.*
12. *Recitanda de tabella.*
13. *Quid mores hac parte observent?*

Ubi litigantes allegationibus suis renuntiaverint, causamque plene cognoverit iudex, sententiam proferet qua vel condemnet reum, vel eundem absolvat. Quemadmodum autem in civilibus causis iudicis po- 1
testas non potest excedere id quod in iudicium de- Decia. 4. cap. 30.
ductum est; ita nec in criminibus, *L. solemus* 61. *in fin. D. de iud.* Itaque si incidat in criminale iudicium de re pecuniaria quaestio, iudex de crimine cognoscens, cognoscet quidem etiam incidenter de re familiari non tamen pronuntiabit, *L.* 4 §. *si dicantur D. fin. reg.*, *L.* 3. *C. de iud.*, *L.* 1. *C. de ord. iud.* Utique si tantum criminalem, non etiam civilem iurisditionem habeat; nam si utramque habeat, 2
etiam de utraque quaestione pronuntiare poterit, *L.* 3. *C. de ord. iud.*, *L. intra* 29. *D. de minor.*, *L.* 2. §. *unde D. ad Leg. Jul. de adult.* (1). In universum ve-

---

(1) Discrimen, quod hic auctor ponit inter *cognoscere* et *pronuntiare* nullum adgnosco; nam haec duo verba relata ad iudicem unum idemque significare adeo certum, ut probatione non indigeat. Si igitur in criminale iudicium rei familiaris quaestio incidat, iudex, qui de crimine cognoscit etiam de re familiari pronuntiabit, L. 4. §. 4. D. *fin. reg.*, et L. 3. C. *de iudic.* Haec autem vera sunt, si reus mortem non obierit; etenim eo defuncto, poena extincta est, ac ideo de re familiari pronuntiabit iudex, cuius de ea re co-

ro pronio, ad absolvendum, quam ad condemnandum esse debet; satius enim vel nocentem absolvi, quam innocentem condemnari, *L.5.D.de poen.* Id quod multis rationibus confirmari potest. Nam primo sapientes praecipiunt, ut quoties ambigimus, leviorem errorem suspiciamus. At nemo negabit, levius esse nocentem absolvere, quam innocentem condemnare; quippe innocenti vita erepta restitui nequit; nocens si absolvatur, iterumque delinquat, in infligenda poena iudex etiam prioris criminis rationem habere potest. Dein, si nocens absolvatur, sola devotio publica laeditur, non ipse qui absolvitur; at si innocens condemnetur, et respubl. laeditur, et ille qui condemnatur. Adhaec, quo minus instructus plerunque reus, quam accusator est, eo magis huic, quam illi favendum; nam nec divinare potuit olim sibi causam dicendam esse, et ut maxime instructus sit, metus tamen et periculi cogitatio faciunt, ut multa, quae dictu factuve necessaria iudicaverat; praetermittat. Postremo, quo improbior quam reus calumniator est, eo magis illi, quam huic se iudex dare debet. Est autem improbior calumniator quam reus idcirco, quoniam ille semper consulto peccat, et sine spe latendi, his plerunque cupiditate et affectibus animi victus furtim potius, quam palam delinquit.

Arist. sect. 29. probl. 15.

Circa absolutionem vero distinguit cum communi
3 schola forum, ut si non solum defecerit accusator in probatione, sed et contra reus innocentiam demonstraverit, absolvatur a crimine; sin reo nihil praestante defecerit accusator, non a crimine absolvatur reus, sed ab instantia duntaxat. Hanc distinctionem refutavimus *Tit. praeced. de Quaest. cap. IV*, , ubi demonstravimus, utroque casu absololutionem a crimine faciendam. Illud duntaxat praesenti loco adiici-

Far. qu. 4. n. 17. Rebuf. ad coust. Reg in praes glos. 5. n. 118. Coren decis. 26.

---

gnitio est, L. 6. *de pub. iudic.*; atque in hunc sensum accipienda est L. 61. §. 1. D. *de iudic.* De exceptione praeiudiciali eiusque usu in causis criminalibus legenda omnino eleg. us et erudita dissertatio Iust. Henning. Bohem., quae est nonagesima secunda Exercitatio ad *lib. 41. Pand. tit. 1.*

mus, ampliare causam iudicem posse, si absolvere reum a crimine religio sit; ita ut tria sint, ex quibus unum iudex eligere debet; vel absolvere, vel condemnare reum, vel ampliare causam; quartum, absolutio ab instantia, vel ut loquuntur, rebus sic stantibus, non datur Asconius 1. *Verr., in divinationibus et aliis causis maioribus, universis iudices in cistam tabellas simul coniiciebant suas, easque iusculpas literas habentes, A. absolutionis, C. condemnationis, cum de alicuius capite agebatur, N. L. ampliationis; his enim literis significabant non liquere. Singuli autem sententiam de tabula pronuntiabant in levioribus causis* (2). Hactanus Asconius. Neque vero existimandum inter ampliationes causae, et absolutionem ab instantia nihil interesse. Etenim, cum ampliatur causa, eadem instantia, idem iudicium manet; cum ab instantia reus absolvitur, nova instantia opus est. Ampliata causa reus, qui e vinculis causam dixit, in vinculis manet; facta absolutione ab instantia, solvitur interim reus vinculis, atque abire quolibet licet. Ampliata causa inter primam et sequentes actiones non ita magnum temporis intervallum intercedit; absoluto reo ab instantia, etiam multorum saepe annorum curricula intercedunt, ita ut vix unquam de salute sua certus sit reus; quod sane ferendum non est (3). Igitur iu-

---

(2) Scilicet postquam praeco pronunciasset, oratores *dixisse*; consurgebant iudices, et in levioribus causis sententiam singuli de tabulis pronunciabant: et tunc *palam* dicebatur *lata sententia*: in gravioribus vero *clam* hoc fieri consueverat. Accedebant enim iudices ad urnas, quarum tot erant, quot iudicum ordines, et in illas e tribus, quas acceparant, tabulis unam quisque immittebat. Vid. Hein. *antiq. roman. lib. 4. tit.* 18 §. 31. et *seqq.*

(3) Alteram, et quidem magni momenti differentiam inter ampliationem causae et absolutionem ab instantia Auctor omisit. Puto enim ad causae amplationem romanos iudices tum devenire solitos esse, cum actor et reus intentionem suam, licet contrariam aeque probasse viderentur, itaut par adpareret utrinque probatio, et, in ciperet dubium fieri iudicibus in utram partem propendant potius, et iudicent. Vid. Duaren. *lib. 2. anniv. disput. cap.* 33. at ad *tit. de iureiurand. Cap. 7.*, Donel. ad L. 3. C. *de reb. cred.* Equidem romani iuris perpatua sententia fuit, ut Actore non probante, reus

dex, si non ampliandam causam existimet, etiam quo casu reus innocentem se non docuit, in hunc fere modum absolvet, *Quandoquidem accusator intentionem suam non probarit, se reum a crimine absolvere, accusatoribusque perpetuum silentium imponere* (4).

4 Erit autem crimen exprimendum in sententia, ut si forte plura obiecta sint, vel obiiei potuerint, constet a quo absolutio facta sit. Nec tamen vitiari sententiam crediderim, si criminis mentio facta non fuerit; tacite enim intelligitur reus absolutus ab eo crimine, quod accusato obiecit. Exemplum sententiae absolutoriae apud Plinium, v. *Epist.* XIV., *Melius*

5 *quidem Nominatum fuisse facturum, si causam Vincentinorum eodem animo, quo susceperat pertulisset, quia tamen in hoc genus culpae non fraude incidisset, nihilque dignum animadversione admisisse convinceretur, liberandum, ita ut Vincentinis quod ac-*

---

absolveretur. ut ubi tantum *semiplena*, ut inquiunt, probatio adest, ibi nulla romano iure probatio est. Vid L. 20. D.de *quaest.* Ast ad absolutionem ab instantia quod attinet, tum obtinet, cum reo nihil praestante, defecerit Accusator in probatione.

(4) Fortasse ex rationibus, quas Auctor sapienter illustravit superius, *tit.* 16., *Cap.* 4. in *ea* romanorum moribus convenire poterat, ut reus, accusatore non probante, a crimine absolveretur, accusatoribusque perpetuum silentium imponeretur. Verum si quaestio *in abstracto*, ut inquiunt, consideretur, putarem nostrorum tribunalium praxim romani iuris systemati hac in reesse praeferendam. modo de iis agatur criminibus, quae gravi supplicio coerceri publicae interest securitatis. Defectus namque probationis id, unice efficere potest, ut reus neque pro damnato, neque pro absoluto haberi debeat: Res igitur permanet in eo statu, in quo ante coeptum iudicium reperiebatur: ac quemadmodum reo ius esse non desinit, ut nonnisi legitima convictus probatione damnetur, ita civili societati ius quoque esse debet, ut maioribus conquisitis argumentis, per constitutos Magistratus reum iterum deferat, crimenque adversus eum probet, quod ante probare non potuit. Verum, inquit Auctor, vix unquam de salute sua certus erit reus, quod sane ferendum non est. Obiectio haec facile diluitur animadvertendo, lege statutum esse tempus, intra quod accusatio institui debeat, sententia autem, qua reus ab instantia tantum absolvitur, non impediri, quominus currat praescriptio, quae ab admisso crimine currere incoepit. Vid. Auct. *de' delitti e dalle pene* §. 13., nec non meas *observat.* ad *Cod.* Leop. *art.* 111.

ceperat redderet. Nec multum discrepat a sententia absolutoria, formula illa, qua Tib: Gracchus usus est; cum intercederet, quo minus Scipio Asiaticus in vincula duceretur: *Cum L. Cornelius Scipio die triumphi sui ante currum actos hostium duces in carcerem coniecerit; indignum et alienum a maiestate populi Romani videri, eodem ipsum duci. Itaque id non se passurum fieri.* Item illa Horatii patris, pro filio perduellionis reo deprecantis: *Se filiam iure caesam iudicare; ni ita esset, patrio iure in filium animadversurum fuisse.* Ex libris vero nostris haec adferri possunt: *Nullam iniuriam L. Titium videri passum a G. Seio. L. Lucius* 21. 21. *D. de his qui not. infam. Testamentum falsum non esse, L. Aithales* 24. *C. ad Leg. Corn. de fals. Non probasti, L.* 1. §. *quorum D. ad SC. Turpil.*

Liv. lib. 38. in fin. Valer. 4. cap. 1.

Liv lib. n.

Quod si reus damnandus videatur, pronuntiabit, *Videri eum crimen admisisse: fecisse.* Verbum enim, *Videri*, solemne fuisse Romanis in dicenda sententia, multis exemplis ostendit Brissonius. Nec tamen ita necessarium, quin aliis quoque verbis condemnatio fieri possit. Veluti, *Vim fecisti, L. si praeses* 32. *D. pon. Calumniatus es, L.* 1. §. *quorum D. ad SC. Turpil., L. fustibus* 16. *C. Ex quib. caus. infam irrog. Hereditas ad Magnam pertinet, L. ult. D. de hered. instit., L. cum mater* 28. *C. de inoff. testam. Ea duntaxat existimamus Nepotem irritaesse voluisse, quae induxit, L.* 3. *D. de ini. rupt. irr. De aetate non probasti, L.* 1. §. *item cum contra D. Quae sent. fin. appel. resc.* Solemne etiam eisdem fuit causam condemnationis exprimere; ut in *L. Metrodorum* 40. *D. de poen. Metrodorum eum hostem fugientem sciens susceperit, in insulam deportari: Philoctetem, quod occultari eum non ignorans diu dissimulaverit, in insulam relegari placet.* Valerius *Lib.* v. *cap.* VIII., *cum Silanum filium meum pecunias a sociis accepisse mihi probatum sit, et republ. eum, et domo mea indignum iudico, protinusque a conspectu meo abire iubeo.* Livius *Lib.* VIII. *Quandoquidem tu T. Manli neque imperium consulare, neque maie-*

Vide Clar. §. fin. qu. 93. n. 2. *statem patriam veritus, adversus edictum nostrum extra ordinem pugnasti, et quantum in te fuit, disciplinam militarem solvisti, nos potius nostro delicto plectemur, quam resp. tanta suo damno nostra peccata luat, etc. I lictor deliga ad palum.* Caesar *de bello Afric.*, *C. Aviene, quod in Italia milites Pop. Rom. contra remp. instigasti, rapinasque per municipia fecisti, quodque mihi reique publicae inutilis fuisti, et pro militibus tuam familiam iumentaque in naves imposuisti, tuaque opera, militibusque tempore necessario resp. caret, ob eas res ignominiae causa ab exercitu meo te removeo, hodieque ex Africa abesse, ac quantum potest, proficisci iubeo etc.* Sed quaerunt
7 hoc loco interpretes, an quod solemne Romanis fuit, ut causam damnationis exprimerent, id etiam necessarium sit, et omissum vitiet sententiam? Communis schola docet, non esse necessarium, quinimo fatuum esse iudicem, qui causam exprimit, quoniam eo ipso viam damnato monstrat, qua sententiam adgredi et impugnare possit. Contra vir doctissimus Ioan-
Imb. 5. Inst. fos. 19. nes Imbertus, ex sententia Angeli Aretini tradidit, sceleris causam nomenque specialim inserendum condemnationi; cuius sententia moribus nostris non sine causa observatur. Absurdum enim videtur iudicem ita pronuntiare, *L. Titium in insulam deportari placet;* nisi adiiciatur crimen ex cuius causa deportari reum placet; veluti; *Quoniam vim fecit; Quoniam hostem fugientem sciens celavit etc.* Absurdum etiam, causa non expressa velle reo defensionem praecidere, cum ipsa communi schola fatente, defensio ita favorabilis sit, ut quandocunque admittenda sit. Quid quod apud Romanos etiam causa condemnationis cruci inscriberetur, aut per praeconem denuntiaretur ut *d. L.* 16. *C. Ex quib. caus. infam. irrog., et. L. si duo* 13. *in fin. D. de iureri.* nec non crux Salvatoris nostri innuit? Nec tamen timuerunt illi, ne expressa causa viam monstrarent damnatis, quam sen-
8 tentiam impugnarent. Ut, taceam quod exemplo quoque utilissimum sit causam exprimi; etenim poena unius metus debet esse multorum. At poenam qui

metuere possumus, si causa poenae crimen lateat? Quare communis schola nequaquam hic laudanda est (5). De poena quoque dubitant interpretes, an sit in specie exprimenda in sententia? Hic distinguendum erit, utrum poena criminis certa sit, an arbitria, et extra ordinem irroganda. Si certa poena lege constituta sit, non est necesse, ut in sententia exprimatur; quoniam legis auctoritati poena servatur, *d. L.* 1. §. *quorum D. ad SC. Turpil. L. ordine* 15. *D. ad municip.* Sin arbitraria poena sit, et extra ordinem infligenda, utique in specie exprimere poenam iudex debet, ut constet lictori, quemadmodum agere debeat. Itaque cum hodie ex constitutionibus Principum poenae prope omnes factae sint extraordinariae, *L. hodie* 13. *D. de poen.*, *L.* 7. §. *ult. D. ad Leg. Jul. repet.*, *L.* 3. §. *pen. D. ad Leg, Corn. de sicar.*, *L. ult. D. ad Leg. Fab, de plagiar.*, consequens est, ut plurimum in sententia exprimendus esse (6). Gomes. 5. resol. 13. n. 20.

---

(5) Verissima haec Auctoris doctrina, quae tamen alia ratione illustranda videtur. Nimirum iudicium, quod *facti* dicitur a sententia, quae proprie *iuris* est, secerni oportet. In iudicio *facti* declaratio iudicum ipsum respicit factum sive phisice, sive moraliter spectatum, quod scilicet reus illud susceperit, vel non, quod dolo, vel culpa, vel casu, vel iure illud patraverit. In sententia autem, quae *facti* iudicium consequitur non alia equidem declaratio contineri potest, quam ea, qua reus vel absolvitur, vel damnatur statuta lege poena, cum qua ipsum factum comparatur. Ideo igitur solemne iudicibus esse debet causam in sententia exprimere, quod in eadem praecedens iudicium facti exprimi necessario debet, ut appareat hunc illud consequi. Vid. Cl. Filang. *op. cit lib.* 3. *par.* 2. *Cap.* 21.

(6) Romanis tamen vetus erat mos poenam certa formula in sententia adiiciendi. Vid. Liv. 25. 4. Sigon. *de iud* 2 22. et Brisson. *de formul. lib.* 5 *Cap.* 217. usque ad *cap.* 227. Huius consuetudinis plura quoque extant in *Dig.* exempla. Vid prae ceteris L. 8. et 40. de *poen.* L. 7. §. 17. de *interd.* et *releg.* Fortasse iudiciariae potestatis rationi magis convenit, ut poena in sententia exprimatur, quamvis iam lege statuta sit. Quod autem attinet ad poenas, quas iudices arbitrio quodam utentes decernunt, placet hic adscribere quae sapienter statuit Leopoldus II. in saepe laudat. *Cod.* = *E poichè stabilite le massime generali, per le pene di ciaschedun delitto, l' adattare, ed il misurare le medesime nei diversi casi è in gran parte rimesso all' arbitrio del giudice, così esigendo, ora la*

Bart. in l. si quis iniuriam D. de iniur. Far. qu. 105. n. 53 et qu 26 n. 13. et 19.

9 Quaerunt etiam interpretes, cum legibus cautum sit, ut qui non habet in aere, luat in corpore, quemadmodum ferenda sententia sit, si metuat iudex, ne egestate poenam pecuniariam eludat reus? Bartolus extimavit, vel una sententia alernatim utramque poenam iudicem comprehendere posse, vel duas proferre sententias, quarum priore condemnet in poenam pecuniariam; posteriore irroget corporis coercitionem. Sed tutius est, una setentia utramque comprehendi; ut si pecuniam iudicatam non solvat reus intra diem, in vincula ducatur, vel fustibus caedatur etc. Nam quo minus duabus sententiis id fiat obesse videtur regula, quae dictat, iudicem sententiam semel dictam corrigere non posse. *L.* 14. *L.* 45. §. 1., *L.* 55., *L.* 62. *D. de re iud.*, *L* 2. *C. de sent. ex peric. recit.* Nec interest, pedaneus ille sit, an imperium et iurisdictionem habeat, veluti Praetor, *d. L.* 14., *d. L.* 45. §. 1., *d. L.* 2. Proconsul, Apuleius 1. *Florid. Enimvero ipse Proconsul moderata voce, rarenter, et sedens loquitur, et plerunque de tabella legit: Quippe praeconis vox garrula ministerium est, Proconsulis autem tabella sententia est, quae semel lecta, neque augeri litera una, neque autem minui potest, sed utcunque recitata est, ita provinciae instrumento refertur.* Quid

10 autem, si eo tempore, quo sententia ferenda est, constet reum solvendo non esse, an iudex simpliciter in poenam corporalem damnare potest? Quamvis Cyno placuerit in *L. si non convicii C. de iniur.*, tutior tamen videtur contraria Alberici in *ead. L.* sententia, hoc quoque casu sententiam sub conditione ferendam esse, quippe, fieri facile potest, ut intra id spatium, quod inter sententiam et exequutio-

---

natura stessa del caso, ora la varietà delle circostanze che possono accompagnarlo, ora la imperfezione della prova, nè essendo permesso il valersi di tale arbitrio senza l'appoggio di solide e ben fondate ragioni, obblighiamo perciò tutti i nostri giudici, i quali si muoveranno a condannare alcun reo in una determinata pena arbitraria, a spiegarne la ragione, ed affinchè apparisca per chiunque vi abbia interesse ad esprimerla succintamente nella stessa sentenza. Ita in *Art.* 116.

nem intercedit, tantum adcrescat damnato hereditate, legatis, donationibus, idoneus existat, qui tempore sententiae egenus videbatur(7).

Porro quantum ad ritum sententiae ferendae attinet, sedentes iudices cognoscebant, sedentes iudicabant. Maiores quidem magistratus pro tribunali; 11
minores veluti Tribuni, Quaestores, et alii minora iudicia exercentes in subselliis, ut Asconius scribit 1. *Vert.* Quamobrem vix est, ut sententia vel a stante vel in equo sedente lata valere possit, quoniam utrumque exigitur, ut sedeat iudex, ut sedeat loco solito, et litibus decidendis dicato, *L.* 6. *C. de sent. et interloc.*, *L. si locus* 59. *de iud.*, *L.* 2. §. *in bonorum possessione D. Quis ord. in bon: poss.*, *L.* 3. §. *pen. et ult. C. ub. sent. vel claris.*, *Nov.* 71. *cap.* 1. Sedere autem idcirco iudex debet, quoniam sedentes aliquo magis sapimus, quam stantes. Quippe, cum sapientia quietem amet; stantes autem minus quiescere videantur. Unde non male Comicus quodam 12
loco: *Nimio pol. plus sedens sapio, quam stans.* Dicebant vero sententiam iudices antiquitus quidem viva voce; sed post, Lege Cassia, a L. Cassio illo, qui scopulus reorum dicebatur, lata, ut suffragia libere ferrentur, tabulis in cistam coniectis suffragia iniri coepere. Dabantur autem, si Sigonio credimus, singulis iudicibus tabulae inscriptae tres; una absolutionis, altera condmnationis, tertia ampliationis; quarum unam in cistam seu urnam immitti necesse erat. Suetonius tamen duas tantum adgnoscit, cum scribit, Augustum quaestione falsi testamenti constituta, non tantum duas tabellas, damnatoriam et absolutoriam simul cognoscentibus dedisse; sed tertiam quoque, qua ignosceretur iis, quos fraude ad signandum, vel

Ascen. 1. et 2. Verr. Cic. in Brut. Sigon. 2. de iud. 22. Suet. in Aug.

(7) Ipsa lex praevidere debet casum, quo damnatus facultatum inopia pecuniariam poenam eludere queat, ac inde aliam poenam eidem aequa proportione statuere. *In tutti i delitti, pe' quali la legge minaccia la pena pecuniaria, si dovrebbe anche fissare la pena afflittiva a quella corrispondente, nel caso che le facoltà del delinquente non giungessero al valore già determinato.* Filang. *op. cit. lib.* 3. *par.* 2. *cap.* 32.

errore inductos constitutisset. Nec tamen semper necesset fuit tot tabulas iudicibus dari, aut clam de reo ferri sententiam; nam in levioribus causis; ut Asconius I. *Verr.* de tabula singuli pronuntiabant sententiam. Quin et in gravioribus interrogari potuit reus, utrum clam, an palam vellet de se ferri sententiam. Cicero pro *Cluentio, Cum in consilium iri oporteret, quaesivit ab eo reo C. Iunius Quaesitor, clam, an palam de se sententiam ferri vellet; de Oppianici sententia responsum est, clam velle ferri.* Ceterum ex Principum constitutionibus mos ille ferendi clam sententiam exolevit, iubenturque iudices in causis gravioribus de tabella palam recitare sententiam; et ipsi quidem, exceptis Illustribus, qui per officialem id
13 possunt, *L.2.C.de sent.ex peric. recit.* (8). Quod tamen moribus non aeque observatur; passim enim videmus iudices etiam municipales, non ipsos recitare sententiam, sed eam iniungere exceptori suo, quem secretarium hodie, vel graphiarium vocamus. Ac ne loco quidem iudicii semper recitatur. Ut enim imbertus scribit, interdum iudex aut domi, aut in carceris vestibulo coram actuario, alitsque viris probis, iisque frequentius causidicis, reo praesenti ex scripto sententiam recitat; nonnunquam autem solus actuarius ex breviculo a iudice dato sub commentariensis conspectu reo in carcere sententiam pronuntiat.

---

(8) Imo in L. 3. C. *eod.* id fuit adiectum memoratae legi, seu sanctioni ut sententia, quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur: nec ad rescissionem perperam decretorum appellationis solemnitas requiritur. Eodem etiam pertinet *Nov.* Leonis 45., qui praeterea manu iudicis sententiam obsignari voluit.

CAPUT III.

De Calumnia accusatoris, et eiusdem Tergiversatione.

1. *Quis calumniator, et quae poena eius?*
2. *Quando de calumnia statuendum?*
3. *Quae formulae differentia?*
4. *An instigatorem accusationis maneat calumniae poena?*
5. *Qui sine metu calumniae accusant?*
6. *Tenentur iidem ob evidentem calumniam.*
7. *An Fiscus quoque calumniae notatur?*
8. *An iudices, nuntiatores, delatores?*
9. *Quis tergiversator, et quae eius poena?*

Si absolvat reum iudex, etiam de calumnia accusatoris statuere debet. Calumniator est, qui sciens dolo 1 malo falsum crimen intendit; qui ex constitutionibus talionem patitur, edicto Praetoris infamiam incurrit, *L. non prius* 7., *L. ult. C. calum. L.* 1. *D. de his qui not. infam.* Olim Lege Remmia, vel, quae verisimilior lectio, Memmia, litera K. fronti eorum inurebatur, *L.* 1. §. 1. *D. ad SC. Tupil.* Cicero pro *S. Rosc.*, *Ita tamen, Eruci, quaestus te cupidum esse oportebat, ut horum existimationem et Legem Memmiam putares aliquid valere opotere* Et mox, *Crura quidem vobis nemo suffringet; sed si ego hos bene novi literam illam, cui vos usque eo inimici estis, ut etiam eas omnes oderitis, ita vehementer ad caput affigent, ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis.* Postea cum tanta esset caluniantium improbitas, ut etiam ipsa puncta sua et notas riderent, eo quod maiores spes, quam metus haberent, placuit gravius cum eis agi, et talionem irrogari. Statuere autem iudex debet statim de calum- 2 nia accusatoris; ex intervallo non potest, *L.* 1. *C. de calum.*, *L. inter* 10. *D. de publ. iud.* Statim est eadem

die, vel sequenti die, si eadem non poterit (1). Argumento est locus Asconii in *Orat. pro M. Scauro. Cato. Praetor, inquit, cum vellet de accusatoribus in consilium mittere, multique e populo manus in accusatores intenderent, cessit imperitae mulitudini, ac postero die in consilium de calumnia accusatorum*
3 *misit.* Et quia non ipso iure notatur calumniator, sed ita, si calumnia damnatus sit, *L.* 4 §. *calumniator D. de his qui not. infam.*, idcirco et verba statuentis diligenter consideranda. Nam si dixerit, *Calumniatus es*; intelligitur eum notasse. Quod si dixerit *Non probasti*, pepercit ei. Neque enim qui non probat quod intendit, illico calumniator itelligitur, sed qui dolo malo falsum crimen obiicit, *L. c.* §. *sed non utique et* §. *seq. D. ad SC. Turpil.*, *L. fustibus* 16. *C. Ex quib. caus. infam. irreg.*, *L.* 3. *C. de calum.* Cicero pro *S. Roscio*: *Innocens est quispiam, suspicione tamen non caret; ei qui hunc accuset, possim aliquo modo ignoscere; cum enim aliquid habeat, quod possit criminose ac suspiciose dicere aperte ludificari, et calumnari sciens non videtur.* Et mox, *Vos autem maxime debetis in eos impetum iacere, qui merentur, deiade si voletis, etiam tum, cum verisimile erit aliquem commisisse, suspicione latratote, id quoque conce li potest, sin autem sic agitis, ut arguatis quidem aliquem patrem occidisse; neque dicere possitis aut quare, aut quomodo, ac. tantum modo*

---

(1) Scilicet calumniae inquisitio arbitrio cognoscentis committitur, qui, reo absoluto, de accusatoris incipit consilio quaerere, qua mente ductus ad accusationem processit. Vid. L. 1. §. 3. et *seq.* D *ad SCtum Turpil.* Eatenus autem in *cit.* L. 1. C. h. t dicitur calumniam eo tempore coerceri solere; quo de causa, praesente accusatore, iudicatur, quatenus instituti in reum iudici veluti appendix haberi adeo debet; ut ad calumniam coercendam novum institui iudicium minime debaet. Verum optime animadvertit Filangieri romani iuris systemati equidem convenire, ut iudex, qui de crimine cognovit, et de accusatoris calumnia cocnoscat, cum in seligendis iudicibus accusatori et accusato aequa esset ratio: nequaquam autem huiusmodi systema probandum, si accusato tantum ius seligendi iudices competeret. Filang. *op. cit. lib.* 3. *par.* 2. *cap.* 32.

sine suspicione latrabitis, crura quidem vobis nemo suffringet etc. Hactenus Cicero. Idem iudicandum de hac formula *Lucius Titius temere accusasse videtur*; temeritas enim facilitas veniam continet, et ob id nullam poenam Titius subit, *L.* 1. §. *quaeri D. de SC.*
Turpil. Quid autem si iudex ita pronuntiaverit, *Callido commento videris accusationis instigator fuisse*; 4
an tanquam calumniatorem notasse videtur? Papinianus in *L. ob haec verba* 20. *D. de his qui not. infam.* respondit, ob haec verba pudorem potius onerari, quam ignominam irrogari; nec enim mandatorem esse eum, qui exhortatur. At contra Marcianus in *L.*
1. §, *incidit D. ad SC. Turpil.* docet, hunc quoque Cap. x. n. 9.
qui instigavit ad accusandum, calumniae poena teneri. et 10.
Haec antinomia quemadmodum componenda sit, diximus in *Prolegominis*; nempe, verbis quidem SCti non teneri eum, qui instigavit; sed ex mente et sententia teneri. Senatusconsultum enim de mandatore loquitur; qui instigat et exhortatur, non proprie mandator est; sed quia non longe a mandatore abest, placuit eum sententia comprehendi. Posset quis et tempora distinguere, dicendo Papiniani quidem aetate id nondum receptum fuisse, ut instigator teneretur SCto; sed Alexandro imperante, sub quo Marcianus vixit, SCtum ad instigatorem productum fuisse. Videamus nunc, an omnibus accusatori- 5
bus calumniae poena infligatur. In *L.* 2. *C. de his* Thuan. lib.
qui accuss. non pos., *L.* 2. *C. de his quib. ut indign.* 123. p. 889,
scriptum est, tutores et curatores non facile notari, nisi evidens eorum calumnia sit. In *L.* 2. *et* 4. *C. de calumn.*, *L. ult. D. de publ. iud.* non teneri poena calumniae eos, qui persequuntur necem parentum et liberorum. In *d. L. 2. de calumn.* non teneri extraneum heredem, qui quem iussu testatoris veneficii accusat. Praeterea foeminis, cum suam suorumve iniuriam persequuntur, calumniae poena remittitur; nam et inscriptionis necessitas remittitur; *L. de crimine* 12. *C. Qui accus. non pos.* Adaec in *L.* 6., *et L.* 30. *C. ad Leg. Jul. de adult.*, *L. auxilium* 37. §. 1. *D. de minor.* traditu, maritum, qui intra dies sexaginta iu- 6

surrit, vel quae argumentis colligitur; ob illam notantur exceptae duntaxat personae; ob hanc etiam reliqui accusatore. Neque vero novum est, evidens et illud dici, quod indiciis et argumentis colligitur; ita enim id verbum accipitur in *L. licet Imperator* 47. *D. de leg.* 1., *L. locuples* 57. *D. de man. testam*, *L. ex parte* 39. §. 1. *D. de fam. ercisc.* Posterius, quod obiici poterat, huiusmodi est: Si inter exceptas personas recte connumerantur parentes liberi, maritus, feminae, qui suam suorumve iniuriam persequuntur; sequeretur etiam patrem, qui de adulterio filiae agit, sine metu calumniae accusare. At consequens falsum est, *L. pater* 30. *D. ad Leg. Jul. de adult.* Igitur antecedens falsum sit, necesse est. Respondeo, imo consequentia nulla est; nam et pater suam suorumve iniuriam persequens, veluti mortem liberorum, sine metu calumniae agit, nec tamen sine metu calumniae accusat adulterium filiae, quoniam accusatio illa odiosa est; unde et brevioris temporis spatio perimitur, et multis praeterea aliis praescriptionibus eluditur. Odiosa autem idcirco, quoniam per eam matrimonia foedari videntur, ut Constantinus ait in *L. quamvis* 30. *C. ad Leg. Jul. de adult.* Neque vero generaliter verum est, omnes qui qualemcunque suam suorumque iniuriam persequuntur, a poena calumniae immunes esse; nam et milites suam suorumve iniuriam persequi possunt; a quibus tamen inscriptio exigitur, et per consequens calumniae poenam timent. *L.* 8. *D. de accus.*, *L. si crimen* 10. *C. Qui accus. non pos.*

Porro, praeter superiores, exceptis personis etiam fiscus recte connumeratur, nam si tutores et curato- 7
res muneris publici necessitas a calumnia excusat; quanto magis fiscum? Fisci enim munus non solum publicum est, sed et in administratione reipublicae consistit. Et ideo inscriptionis etiam necessitas eidem remittitur *L. ea quidem* 7. *C. de accus.* quae non remitteretur, si poenam calumniae timeret. Idem tamen adhibendum temperamentum, quod in superioribus adhibuimus; nempe, ut non facile de ca-

Menoch. 2. arb. 322. n. 21.
Far. qu. 16 n. 20. et seqq. Christ. tit. 1. § 6. in fin. et art. 9. n. 2.

lumnia fisci quaeratur, nec tamen impune ferat improbam et evidentem calumniam, *arg. L. pen. C. de advoc. fisc.*, *L.* 5., *et L. universi* 9. *C. ub caus. fiscal.* Suetonius in *Domitiano*: *Fiscales calumnias magna calumniantium poena repressit; ferebaturque vox eius; Princeps qui delatores non castigat, irritat.* Qui locus quamquam ad delatores respicere videatur, tamen cum et generaliter calumnias fiscales notet, non male ad eos ipsos, qui fisci res agunt, produci potest.

Christ. d. rit. 2. art. 9. Loiae 4. de unit. n. 65.

8 Quantum vero ad indices, nuntiatores, delatores attinet, distinguendum videtur nam alii quidem nuntiant ex officio, veluti, officiales Praesidis, curiosi, stationarii; alii vero proemio invitati crimina ultro deferunt. Illi, quemadmodum fiscus, non puniuntur nisi ob improbam et evidentem calumniam, *arg. d. L. ea quidem D. de accus.*, *L.* 1. *C. de Curios. et station.*, *L.* 6. §. *nuntiatores D. ad SC. Tarpil.*, *L. Divus* 6. *in fin. D. de custod. et exhib. reor.* de horum vero calumnia semper quaeritur reo absoluto: non enim debent melioris conditionis esse, quam reliqui accusatores, *arg. L.* 3. *C. ad Leg. Jul. maiest.*, *L.* 1. §. *incidit D. ad SC. Turpil.* Imo durior eorum conditio esse videtur, qui praemi consequendi causa deferunt, quam aliorum; quandoquidem JCti responderunt, eos puniendos, si non probaverint, quod nuntiabant, *L.* 2. *pr. et* §. *Divus Pius*, *L.* 15. §. 1. 2. *L.* 22. §. *ult.*, *L.* 23. *et.* 24. *D. de iur. fisc.* Quod haud dubie constitutum reprimendorum delatorum causa; licetque similia apud historiae Augustae scriptores observare. Ut apud Tranquillum Domitianus reos, qui ante quinquennium proximum apud aeriarum pependerat, universos discrimine liberavit nec repeti nisi intra annum; eaque conditione permisit, ut accusatori qui causam non teneret, exilium poenam esset.

Proximum calumniae crimen prevaricatio accusatoris est; de qua cum egerimus *Libro praecedente*
9 *Tit.* XV., non est, quod hoc loco quidquam moneamus. Praevaricationem tergiversatio excipit; crimen eiusmodi, quo accusator in universum ab accusatione desistit, abolitione non impetrata, *L.* 1. §. *tergi-*

versari, *L. destitisse* 13. *D. ad SC. Turpil.* Plenius Imp. in *L.* 1. *C. eod.* Tergiversator est, *qui causa criminis ordinata, id est, inscriptionibus depositis, et fideiussore de exercenda lite praestito, non impetrata abolitione ab exequutione criminis destitit.* Hic in Senatusconsultum Turpilianum incidit, et infamia notatus, estra ordinem punitur; *L.* 2. *C. eod.* (2). Sed quod dixit Imp. *non impetrata abolitione*, id tanquam brevius et concisius dictum accipimus; ceterum etsi accusator non impetraverit abolitionem: sed ea ob publicam laetitiam intervenerit, cessat SCti poena, *L. si interveniente* 12. *D. eod.*

CAPUT IV.

De Expensis Litis, et Praemiis Accusatorum.

1. *An in criminalibus victus in expensis domnandus?*
2. *Etiamsi ad mortem damnetur.*
3. *In fiscus quoque?*
4. *An nuntiatores, et delatores?*
5. *An habenda ratio damni, et eius quod interest!*
6. *Quae praemia accusatorum!*
7. *An debentur mortuo reo ante sententiam?*

Quemadmodum in civilibus causis victus victori in expensas litis damnatur, ita criminalibus idem observandum esse, docet vel sola *L. 3. C. de his qui accus. non pos.*, dum viatica sumtusque litis iubet praestari ei cuius accusator destitit (1). Nam si qui

I
Vid. Berlich p. 1. concl. 19. Zutph. de accus. p. 4.

(2) Illud quaeri potest: Utrum in SCtum Turpilianum incidat et ille, qui aliquo ratione prohibeatur, ne accusationem instituerel? Atque tum ex *cit.* L, 1. §. 10., tum ex L. 11 *ad SCtum Turpil.* illud eruì posse existimo, ut in huc SCtum incidant ii qui plenam habentes accusandi facultatem propter personarum coniunctionem tantum ab accusatione summoveantur, minime vero quibus stricta ratione accusandi facultas non competat. Ad mulierem quod attinet, excipienda est facti species, quam proponunt Impp. in L. 5. C. *eod.*, cum scilicet ipsa pacto contra vetitum ed accusatione destitisse profiteatur: tunc enim in SCti Turpiliani poenam incidit, quamvis suam; suorunque iniuriam exequatur.

(1) Quid vero, si iudex in sententia nihil de expensis pronunciat;

destitit, in expensas condemnatur, consequens est, eum quoque, qui malam litem temere prosecutus est, in expensas damnari; cum improbior videatur esse, qui prestat, quam qui desistit statim: aut si non improbior, non minor certe temeritas. Ideoque D. Hadrianus quoque rescripsit, eandem poenam delatorem ferre debere si citatus ad edictum non responderit, qua tenetur, si causam non probasset, *L. Senatus* 15.§.*Divus D.de iur.fisc.*Probari idem non obscure potest ex *L.ult. C.de fruct.et lit.expens.*, ubi Iustinianus (2) constituit, ut qui in causis civilibus vel criminalibus hoc privilegio utuntur, ut ne expensas agnoscant, ii nec ab adversariis suis cum quibus litigant, expensas flagitare possint. Quo ipso sane

---

verit? Non datur victori earum petitio; quoniam, ut aiunt Impp. in L. 3. C. h. tit. *nefas est ex priori lite in novam litem insurgere.* Diversum equidem ius constitutum fuerat hac de re in posteriori parte L. 2. *eod*, quam Tribunianus rescidit, praelata *leg.* 3. iam *cit.* = *iubemus enim, ut si intentio petitoris improba iudicetur, praestet sumptus, praestet impensas, quas eum toto litis tempore sustinuisse claruerit, etiamsi super hac re expressior cessit sententia iudicantis.* Vid integrum textum in L. 1. *Cod. Theod. eod tit.*

(2) Non Iustiniani, sed Anastasii est *cit.* L. *ult*, ex qua fateor pragmaticorum sententiam corruere, qua traditur in causis criminalibus victum non esse condemnandum in expensis. Frusta autem pro hac confirmanda sententia adducitur L. 4. C. h. t., in qua Impp. discrimen videntur fecisse inter causas civiles et criminales. Vid. de hac quaestione egregie disserentem Henning Bohem in *Exercit.* 98. *ad. lib.* 48 *Pand. tit.* 2. *de expens. crimin. Cap.* 2. Attamen ius canonicum memoratum regulam, victum in expensis esse condemnandum ad causas tantum refert pecuniarias = *Praecipimus, ut in causis pecuniariis victus victori in expensis condemnetur.* *Vid. Cap.* 4. X. *de poen.* Videtur ergo ex iuris canonici sanctione in causis criminalibus victum regulariter non esse in expensis condemnandum. Equidem, si de reo loquamur, juris canonici sanctio et rationi et humanitati valde convenire videtur. Si enim indubium est, eos tantum in expensis condemnandos, quos temere litigare comperitur, qua ratione in causis criminalibus reum victum in expensis condemnabimus? Qua ratione dici poterit, temere litigasse eum, cui vitam et sanguinem suum quocunque modo redimere et tueri licebat, quique nec volens statutam iure sui defensionem poterat recusare? Quid quod rescriptum esse testatur Ulpianus in L. 1. *de bon. eor. qui ante sent. etc.*, ut in capitalibus criminibus non noceat et qui adversarium corrupit. Nam ignoscendum Principes censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit!

innuere videtur, etiam in criminali causa condemnationem in expensas fieri. Non adduco etiam *L. si postulaverit* 27. §. *pen. D. ad L. Jul. de adult.*, *L. patre* 6. *D. de Quaest.*, quanquam ab aliis in eum finem sint adductae; non enim generaliter de litis expensis, sed de servis duntaxat, qui in eculeo perierunt, aut deteriores facti sunt, loquuntur. Ac licet sint quibus iniquum videtur, reum in expensas damnari, quo casu vitam amittit: non tamen assequi satis possum qua iure iniquitas, seu absurditas illa consistat. Nam cum olim damnatorum ad mortem bona quoque publicarentur, atque ex his quartam partem accusatores pro praemio consequeretur; num absurdum hodie, postquam Iustinianus bonorum publicationes maiore ex parte sustulit, *Nov.* 134. *cap. ult.* consequi accusatorem saltem expensas litis? Mihi quidem id persuaderi non potest. Sed de fisco dubitatur, num is quoque in expensas damnandus? Et fere obtinuit, damnari fiscum in expensas ob evidentem calumniam, non damnari ob praesuntam, ut Dd. loquuntur. Nec tamen priore casu e fisco publico solvuntur exspensae, sed procurator fisci, vel advocatus qui calumniosam accusationem sciens instituit, de suo eas solvere debet. Verum haec distinctio moribus magis quam iuri civili quadrare videtur. Moribus enim non omnino id receptum, ut gratis fiscus litiget; at iure civili et ipse gratis litigat, et adversarius eius, ut notat Iulianus *in expos. Nov.* 17. *et* 21., *L. ult. C. de fruct. et lit. expens.*, nec non Cuiacius in *par. C. de Sport.* Consequens est igitur, eam quaestionem iure civili pene supervacuam esse. De nuntiatoribus quoque et instigatoribus interpretes quaerunt, an in expensas damnandi siut? Et hos quoque existimant damnandos esse, si temere reum detulerint. Quod libenter admittam, si non solum nuntiaverint, sed et accusaverint; at si tantum nuntiaverint fisco, isque accusaverit, non video, qui iure civili condemnatio in expensas fieri possit, cum uterque, ut modo dictum tam fiscus, quam adversarius eius gratis litigent. Damna sane, et id quod interest, reos absolutos, qui cau-

2 Mod. Pistor. 1. qu. 11. Mell. 4 cons. 21. Sax. 12.

3 Farin. qu. 16. n. 24. Peregr. 7. de iur. fisc. 3. n. 7. Clar. qu. 60. n. 4. Diss. Amay. ad tit. C. de delat. n. 26.

4 Vide Clar. §. fin. qu. 7. n. 12. Guid. Pap dec. 239 Farin. qu. 16. n. 14 15 16. Eab. c de accus def. 9.

5 Ir b. 3. Inst. for. 16.

An delatori qui quae sumtus solvendi reo condemnato Fab. c. de accus. def. 29.

sam magno cum dispendio rerum suarum e vinculis dicere coacti sunt, ab utrisque petere posse putarim, tam ab advocato fisci, quam a nuntiatoribus; ita, ut si ab altero ea consequuti sint, ab alteris petere nihil possint. Ab advocato tamen fisci non petent ea, nisi ob evidentem calumniam, a delatoribus et nuntiatoribus, etsi temere innocentem detulerint; nisi forte ex numero curiosorum fuerint, qui ratione officii deferre tenebantur. Recte enim ex praecedenti capite ita arguere possumus: si fiscus calumniae non damnatur, nisi ob evidentem improbitatem, ergo nec in damni aestimationem damnabitur, nisi ob evidentem calumniam. Et contra: Si delatores et nuntiatores damnari possunt calumniae, etsi improbior ea non sit; ergo et ad damna, et id quod interest tenentur, si temere innocentem detulerint. Postremo cum temeritas privatos non excuset in civili causa, utique nec in criminali ab aestimatione damni, et praestatione eius quod interest, excusare debet.

Adiiciamus aliquid de praemiis accusatorum. Prae-
6 mium olim fuit quarta pars bonorum damnati; unde et quadruplatores dicti, qui non reipublicae causae, sed lucri gratia reos faciebant, teste Asconio *in Divin.* Verum, cum hodie bona non publicentur, nisi ex causa maiestatis, *d. Nov.* 134. *cap. ult.*, consequens est, nec quartam accusatoribus deberi. Sane ex causa laesae maiestatis hodieque praemium debetur promissum, *L. quisquis* 5. *in fin. C. ad Leg. Jul. maiest.* Sed cuiusmodi id sit, non exprimitur, pendetque ex Principis liberalitate et arbitrio.

Debebitur autem, non solum si perduellis vivus
7 damnatus sit, sed et si post mortem eius memoria damnata sit; verum enim est, damnatum esse, qui post mortem damnatus est. Itaque prope supervacua hodie dubitatio illa, quae Senatum Romanum olim tenuit, referente Tacito; nempe, an praemium accusatoribus debeatur, si reus ante perfectum iudicium manus sibi intulerit. Aut enim conscientia criminis id fecit, et bona nihilominus publicantur; aut taedio vitae vel impatientia doloris, et potest memoria

Tacit annal. 4.

eius post mortem damnari; qua damnata praemium quoque accusatores sequetur (5).

---

(5) In iudicio, quod privata accusatione instituitur, sentio, Accusatorem, quem temere accusasse compertum sit in expensis, et damni, quod reus pati potuit, aestimatione esse damnandum. Quod si ab inquisitione iudicium coeperit, sive praecesserit, sive non praecesserit denunciatio, neque ipsas iudicii impensas ab inquirente Magistratu repetet reus absolutus; nihil enim imputandum est inquirenti magistratui; dum ad animadvertendum in facinorosos homines gravissimo officio suo tenetur nec facile de eo capi potest innocentem temere deferendi consilium. Id fere ipsum recipiendum est in eo qui ex munere publica auctoritate sibi demandato accusat, vel denunciat, vel post denunciationem ab alio factam actoris partes in iudicio sustinet, hodieque *publicus accusator* appellatur. Ad privatos nuntiatores quod attinet, facile contingere potest, ut temerarius denuncians in expensas condemnetur. Parum enim refert, utrum quis temere accusaverit, an calumniose denunciaverit, et sicut is in expensas condemnari potest, ita hic quoque iniuriae et expensarum nomine tenetur. Excipit tamen casum Carpzovius p. 2. *decis.* 188. *num.* 15., si denuncians indicia contra reum delata iuramento firmaverit, quo omnem a se culpam et suspicionem temeritatis declinasse videtur. Hoc eatenus admitti potest, quatenus indicia a nuntiatore delata ad inquisitionem sufficere visa fuerint; quamvis enim temeraria essent, ac nihilominus ex iis magistratus inquisitionem susceperit, impensae ab eodem nuntiatore repeti nonpotuerunt, cum ipsemet magistratus in gravissima haereat culpa quod temerariis indiciis inquisitionem instruxerit. Vid. *cit.* Bohem. *exercit.* *cap.* 3 §. 13.

CAPUT V.

De Appellationibus.

1. *Quando sententia ipso iure nulla sit.*
2. *Qui provocare possint a sententia?*
3. *Quando quivis e populo?*
4. *An mulier quoque pro eo qui ad supplicium ducitur?*
5. *An latrones, seditionis, aut factionis duces?*
6. *An convicti simul et confessi?*
7. *An violentus invasor possessionis?*
8. *An falsator monetae?*
9. *An raptor virginis?*
10. *An officialis a suo iudice condemnatus?*
11. *An pacto tolli potest appellandi facultas?*
12. *An a principe denegari?*
13. *An ab interloquutione appellari potest?*
14. *An a poena?*
15. *Nihil novandum appellatione interposita.*
16. *An reus statim remittendus ad iudicem appellatum?*
17. *Si iudex a quo appellatum, spreta appellatione punire reum velit, an vi resisti ei potest?*

Sententia ita demum mandatur exsequutioni, si non aut ipso iure nulla, aut provocatione fuerit suspensa. Ut ipso iure nulla sit, multis modis contingit, nempe, si vel ab incompetente iudice, vel contra solitum iudiciorum ordinem, vel per sordes et turpitudinem, vel contra ius constitutum, non ius litigatoris, vel ex falsis allegationibus et testimoniis lata sit (1). Et in universum, quibus modis contingit ut sententia in civili causa dicta nullius momenti sit, iisdem fere sententia de crimine dicta irrita est; ut nihil necesse sit, pluribus huic enumerationi immorari. Videantur capita sequentia, *L.* 1. 2. 3. 4. *C. Si a non*

(1) Verum hic necesse est I. Ut condemnatus probet, adversarium vel testibus corruptis, vel falsis instrumentis usum esse; vid. L. 35. *d. re iudic.* II Ut in priori iudicio nulla intervenerit huiusce rei cognitio, vid. L. 1. *si ex fals. instrum. etc.* III Ut iudex circumventus falsi instrumenti vel testimonii fidem secutus fuerit in pronuntiando; vid. L. 3. C. *eod.*, quae profecto dici non potest agi de iudice sciente falsa esse instrumenta vel testes corruptos, quia tunc dicendum foret, eum contra ius litigatoris pronuntiasse, atque illum maneret poena male iudicantis.

compet. iud., *L.* 4. *C. de senten. et interloq.*, *L. vena-*
les 7. *C. Quand. prov. non est neces.*, *L.* 2. *C. Si ex*
fals. instrum., *L. Divus* 33. *D. de re iud.*, *L. si prae-*
tor 75. *D. de iud.*, *L. si expressim.* 19. *D. de appel.*,
L. 1. §. *item. cum contra D. Quae sent. sin. appel. resc.*
cum similibus. Quantum ad provocationem attinet, 2
quemadmodum in civilibus causis uterque provocare
potest; ita in criminalibus non solum reus, sed et
absoluto reo accusator. Illud singulariter in crimi-
nibus constitutum, ut reo damnato non solum ipse
provocare possit, aut propinqui, quorum interest;
sed et quivis e populo, etiam si mandatum non sit.
Quin imo, etsi reclamet reus, perire festinans, hu-
manitatis tamen causa placuit, quemvis pro eo appel-
lantem audiri, *L. non tantum* 6. *D. de appell.*, *L.*
addictos 29. *C. eod.*, *L.* 2. §. *ult. D. Quand. appel.*
Nec enim licere debet cuiquam suo arbitratu perire;
atque etiam interest hominis, hominem beneficio 3
adfici. Utrum vero id tunc solum admittendum sit,
cum reus ultimo supplicio addictus est, an et cum sal-
va vita exilio, vel coercitione corporis, vel poena
pecuniaria plectendus, non immerito dubitatur. Mi-
hi verisimilius videtur, in ultimo duntaxat suppli-
cio id locum habere, non etiam in poenis nec capita-
libus; id enim verbum, *perire*; item verba, *qui ad*
supplicium ducitur, satis evincunt. Et ut maxime con-
cedam, ad reliquas quoque poenas corporis extenden-
dum esse, ob id, quod nemo sit dominus membro-
rum suorum, tamen ad exilium, vel poenam pecunia-
riam nequaquam extendendum est. Cur enim volenti
exulare non liceat, cui migrare licet; cur iacturam
pecuniarum facere, cum rei suae sit moderator et ar- 4
biter? Sed si quis roget, an mulier quoque pro da-
mnato provocare possit? vix atque ne vix quidem id
negare possis; quamvis enim postulare pro aliis, nisi
pro parentibus non possit *L.* 1. §. *secundo loco D.*
de postul., *L. feminas* 41. *D. de procur.*, nec accu-
sare, nisi suam suorumve iniuriam persequatur, *L.*
1. *et* 2. *D. de accus.*, *L.* 4. 5. 9. 14. *C. Qui accus. non*
pos., pium tamen et humanum est, feminam audiri

pro eo, qui perire festinat. Nam si sexus verecudiam non egrediens tutorem alterius suspectum facere potest, *L. 1, §. consequens D. de susp. tut.*, quanto magis probata innocentia rei accusatoris calumniam detegere? Non enim hac parte Praetoris edictum, sed humanitas spectatur, *d. L. non tantum*. Cuius intuitu recte dixeris, non solum mulierem, sed et caecum et reliquos, qui pro aliis postulare vetantur, ad hanc postulationem admittendos esse.

Porro non omnibus provocare permittitur; exci-
5 piuntur enim ii, quos damnatos statim puniri reipuplicae interest. In hoc numero sunt insignes latrones, seditionum concitatores, duces factionum, *L. constitutiones* 16. *D. de appelat.*, *L.* 6. §. *quid tamen D. de iniust. rupt. irr.* Quo argumento recte dixeris, perduellibus denegandam provocandi licentiam, si differri poena sine periculo non possit, quod si differri sine periculo poena possit, ne perduellibus quidem denegandum appellationis auxilium, *arg. L pannonius* 86. §. 1. *D. de adq. vel amit. hered.*, *L.* 15. *et* 16. *C. Theod. de poen.* In eodem numero sunt homicidae, venefici, malefici, adulteri, et qui manifestam violentiam commiserunt, si et legitimis probationibus convicti, et absque tormentorum formidine voce propria scelus confessi sint; nam si tantum convicti, aut confessi tantum sint, aut tormentorum formidine expressa confessio sit, non denegatur eis appellandi facultas, *L.* 2. *C. Quor. appel. non recip.* (2).

---

(2) Cum Auctor moneat non esse appellandi facultatem denegandam ei, si tantum convictus, aut tantum memorata crimina confessus fuerit, videtur, existimare, solam rei etiam ulla probatione haud convicti confessionem sufficere, ut de eo queat pronuntiari. Verum id ipsum ex *cit* leg. minime eruitur. Scilicet Impp. in ea lege postquam eum meminerit, qui argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria scelus confessus sit, eam facti speciem contingunt, qua quis, testibus productis, instrumentisque prolatis aliisque argumentis praestitis, condemnatus sit, cum aut minime voce sua confessus fuerit, aut tormentorum formidine territus contra se aliquid dixerit. Sin autem absque ulla probatione sola rei confessio extiterit, haec equidem facti species in allate leg. minime conficta reperitur veluti exemplum sententiae damnationis

Itaque quod in *L. quoniam C. ad Leg. Jul. de vi*
appellandi facultas denegatur violento alienae posses-
sionis invasori, id ex *d. L.* 2. explicandum erit, ut
tum demum denegetur, si ita aut convictus, aut de-
prehensus sit, ut nec ipse crimina obiecta inficiari po-
tuerit. Idem iudicandum de crimine falsatae mone-
tae; est enim et hoc gravissimum crimen, et con-
currit cum ea accusatione Lex Julia maiestatis (3).
Quod autem vulgus existimat, damnato falsae mone- 8
tae simpliciter denegari provocandi licentiam etsi vel Gomes. 3.
convictus, vel confessus tantum sit, id falsum est, resol. 13. n.
nec probat *L.* 1. *vers. appellandi C. de fals. mon.* 31. Farin. q.
Quippe versieulus iste, *Appellandi etiam privato fa-* 101. n. 52.
cultas denegetur, non ad adulteratorem monetae re-
ferendus est; sed ad militem, qui custodiam adulte-
ratoris dolo malo dimisit; huic appellandi licentia de-
negatur, ut perspicue probat *L.* 2. *C. Theod. de fals.*
mon., ubi versiculus iste non peculiari periodo a priore
distinguitur, sed prioris pars, et appendix est (4).
At non eodem modo temperabimus, quod scriptum 9
est in *L. un. vers. quibus C. de rapt. virg.*, cum Imp.

---

quem iudici pronuntiare liceat. Perpetua enim iuris regula est, confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere si nulla probatio religionem cognoscentis instruat; L. 1. §. 17. D. *de Quaest.*

(3) De fictitio maiestatis crimine in crimine falsatae monetae vid. Not. *ab lib.* 48. *tit.* 7. *cap.* 5. *sub num.* 5.

(4) Relatum versic. L. 1. C. *de fals. monet.* haud recte interpretatus Auctor est. Optime observavit Cl. Gothofred. ad *cit.* L. 2. C. *Theod.* plures in ea lege adhibuisse cautiones Constantinum ad opprimendos monetarios falsae monetae reos: singulos autem inter se distingui, ac inde seiunctim esse considerandos nemo non videt. Una ex hisce cautionibus est: quod custodi monetarii oblati capitalem poenam indicit custodiam dimittenti. Altera Constantini cautio est: quod appellandi licentia falsae monetae reis admodum coercetur. Igitur privato huiusmodi criminis reo facultas appellandi absolute denegatur. Militis tantum, aut promoti si huiusmodi crimen incurrerit, appellationi deferri iubet Constantinus, deque eius nomine et gradu *ad se*, vel *ad competentes iudices*, uti habetur in *Cod. Iustin.*, referri. Illud profecto Auctori erat animadvertendum, plus sceleris inesse illi, qui falsae monetae crimen perpetravit, quam ei qui reum ipsum dimisit, proindeque nullam adesse rationem, quare principali reo appellatio esset permittenda, huic vero deneganda.

denegat raptori virginis appellandi facultatem, denegat enim secundum antiquae Constantinianae legis definitionem. Lex autem Constantini simpliciter denegaverat raptori appellandi facultatem, etsi confessus non esset scelus, sed indubitate convictus, *L.* 1. *C. Theod. de rapt. Virg.* (5).

10 Praeterea denegatur appellandi facultas officiali, qui a suo iudice condemnatus est, *L.* 3. *C. Quor. appel. non recip.*, quod recte Dd. intelligunt, si ob delictum in officio commissum damnatus sit; nam si de patrimonio agens victus sit, non denegatur, ei iuris communis auxilium. Ratio cur denegetur videtur illa esse, ut si viderint officiales poenam praesentem esse, nec posse interposita appellatione differri, aut eludi tanto magis ab omni sorde, et rapina se abstineat. Quae ratio si vera est, oportuerat etiam ipsis iudicibus repetundarum damnatis provocandi copiam adimere quibus tamen ademtam nusquam legimus. An igitur dicemus idcirco potius denegari appellandi licentiam, quod verisimile non sit, officialem a suo iudice damnatum iri, nisi sit in manifesto crimine deprehensus?

Far qu. 101. n. 85, et seq.

11 Ex pacto quoque denegari appellandi facultatem legimus, si quis ante sententiam professus fuerit, se a iudice non provocaturum *L.* 1. §. *si quis ante D. a quib. appl. non lic.*, *L. ult.* §. *ult. C. de temp. appellat.* Verum id recte restringunt interpretes, aut locum habeat in causis civilibus non criminalibus. Non utique in iis criminibus, quorum poena mors est, aut corporis aliqua coercitio quoniam ut supra diximus, dominus membrorum suorum nemo est. Interdum etiam Imperator ita solet iudicem dare, ne ab eo provocetur, idque saepissime a D. Marco factum scri-

Felin. in c. si diligenti de fur comp Rebuf. de appel. art. 15. glos. 1. n. 1. Farin. q. 201. n. 20. Vid Covar. pract qu. 25. n. 6. Pinel ad rubr. D. de resc vend. part. 1. cap. 2. n. 32.

(5) Ea plane ratione, qua Constantinus in *cit.* L. 1. C. *Theod. de rapt. virg.* denegaverat raptori appellandi facultatem, laud. Imp. eandem denegat. violento alienae possessionis invasori in *cit. L. quoniam ad leg. Iul. de vi.* Illud potius animadverti oportet, postremae leg. severitatem, ad appellationem quod spectat, eius filiam moderatam fuisse in *cit.* L. 2. C. *quor. appel. non recip.*

Sit Ulpianus *in d. L.* 1. §. *interdum*. Hoc quoque rescriptum multi in causis duntaxat civilibus obtinere putant, non in criminalibus defensionem enim, cuius species appellatio est, iuris naturalis esse; atque idcirco ne a Principe quidem auferri posse. Ego vero voluntatem a potestate Principis secernendam arbitror. Potest Princeps, si velit, iudicem crimini cognoscendo ita dare, ne ab eo appelletur; non enim appellatio defensionis naturalis sed civilis species est; verum nec solet Princeps illud facere, nec velle eum credendum est. Nam qui defensionem rei quandocunque audire iubet, etiam post sententiam, etiam cum ad supplicium damnatus ducitur, ut in superioribus dictum est, qui possit ille reo appellandi auxilium denegare velle? Quodsi defensionis naturalis species esset appellatio, tum nec quidem in civilibus causis ita iudicem Princeps dare posset. Postremo, si Princeps non potest crimini cognoscendo ita iudicem dare, ne ab eo provocetur; qua tandem ratione defendemus cognitionem Senatus, et Praef. Praetor quos certum est citra provocationem iudicasse, etiam de gravissimis et capitalibus causis? Quomodo autem patrocinabimur eorum moribus, qui hodie in causis criminalibus locum nullum appellationi relinquunt? num rationi naturali adversari eos dicemus? an populum posse, quod Princeps non possit? Utrumque dictum durum atque difficile fateamur ergo, si potestatem Principis spectemus, etiam in criminalibus causis hanc legem litigatoribus dici posse, ne a iudice dato provocent.

Porro, quemadmodum in civilibus a sententia, 13
non ab interloquutione appellatur, ita in criminalibus; nisi forte inrerloquutio maximi sit praeiudicii, nec per sententiam corrigi queat; veluti si iudex de quaestione habenda interloquutus sit, *L.2.D. de appel. recip.*, aut de reo carceri includendo; nam et hoc decretum eiusmodi est, ut per sententiam definitivam retractari non possit. Talis fuit provocatio Pauli provocantis ab interloquutione Festi, qua is Paulum Hierosolimas mittendum censebat quo si remissa cognitio fuisset, certum erat, non arbitrarium Paulum

Postremo, quod ad effectum appellationis interpositae attinet, quemadmodum in civilibus appellatione interposita nihil novandum, ita idem observandum in criminalibus, *L. un. D. nib. nov. appel. pend.* Ex quo fundamento recte dicemus, si iudex decreverit, reum ex vinculis causam dicere debere, appellatione a decreto interposita, non posse interim reum in vinculis haberi. Et si iudex interloquutus sit, reum tormentis interrogandum, appellatione interposita, ne terreri quidem, nedum torqueri eum posse. Illud quaesitum est, si sententia per provocationem suspendatur, utrum reus statim ad iudicem appellationis remittendus sit, necne? Et responsum est, non esse remittendum, quia incertum est, utrum iudex appellationis sententiam infirmaturus, an confirmaturus sit. Si confirmet, exequutio eius erit, a quo appellatum est; si infirmet, iudex appellationis suam ipse sententiam exequetur. Recte sane, si proposita de exequutione distinctio vera est; sin ea falsa deprehenditur responsum quoque corruat necesse est. Fateor autem, me magnopere addubitare, an ea distinctio iuri civili consentanea sit, tametsi magni quoque viri Cuiacii suffragio probatam animadverto. Praeterquam enim quod periculosum videatur, exequutionem sententiae ei committi, qui appellatione interposita iniuriam quodammodo sibi factam autumat, etiam contrarium probari posse videtur ex *L. praecipimus* 32. §. *in his. C. de appel.*, ubi si Princeps appelletur, eiusque vice cognoscant viri illustres Praef. Praet., et Quaestor sacri palatii, res ab eis iudicata per officiales eorundem, non per iudicem a quo appellatum est, exequutioni mandatur. Accedit eo quod causa appellationis, si gravius crimen sit, non possit agi per procuratorem, *L.* 1. *D. An per al caus. appell.* Omnino igitur reus mittendus ad iudicem appellationis, ut coram se defendat, atque interrogetur. Missum autem remitti, per

15

Moller. 4. somest. 34.

16

Cui. 20. obs. 36.

---

cautiones vel in ratione probandi, vel in ratione iudicandi praeferri velint, quae proposui in *obser.* ad *laud.* Leopold. *Cod. art.* 51.

longum fortasse terrarum tractum, ad iudicem a quo appellatum est, absurdum foret. Itaque utrumque improbandum et responsum et ratio responsi, eundumque in eorum sententiam, qui existimant sine distinctione rei iudicatae exequutionem ad iudicem appellationis spectare.

17 Quaesitum etiam, si iudex a quo provocatum est, spreta appellatione rem iudicatam exequi velit, an cognati et amici condemnatorum vim vi repellere, manuque armata ei resistere possit? Et quamvis nonnullis id placuisse video, laudare tamen metuo. Vim enim vi repellere licet, quam privati inferunt Vis autem, quam facit ille, qui cum imperio et potestate est, publica est; cui resistere singulis non licet; non magis quam militi tenere vitem centurionis, etiam iniuste se castigantis, *L. milites* 13. §. *irreverens D. de re milit.* Tametsi enim appellatione interposita videatur finita iurisdictio iudicis in ea causa, adhuc tamen imperium et potestatem habet; publico certe munere fungitur, adeoque reverentia etiam iniqua imperanti debetur. Virginius, cum Appius Claudius vindicias contra libertatem dedisset, filiamque eius ad stuprum quaereret, non in ipsum Claudium involavit, sed filiam cultro tranfixit. Ne Senatus quidem Romanus vim Caesari facere sustinuit, cum contra ius fasque Catonem in carcerem rapi iussisset; sed Catonem sequutus invidiae metu, quam armis Consulem coercere maluit. Postremo, si maiestatis tenetur, qui confessum, ac in vincula coniectum remisit; si extra ordinem punitur, qui carcerem effregit, custodiamve dimisit; denique; si reus ipse punitur, qui quamlibet innocens rupto carcere evasit, qua tandem ratione poenam cognati effugient, qui vim fecerint magistratui, quamlibet iniqua imperanti (7)?

Gomes. 2 resol. 13 n. 51 Rauchb. 2. q. 8. n. 8.

(7) Equidem in bene constituta Republica, ubi cuiuslibet potestatis exercitio legibus, quae *fundamentales* dicuntur, certi adsignati sunt limites, vix verendum, ne casus eveniat, quem Auctor sub hoc *num.* proponit Si tamen eveniret. et poena decreta eiusmodi esset. ut semel illata reparari amplius haud posset, nullam iuris rationem perspicio, qua iudici *ex facto*, ut inquiunt *proee*

CAPUT VI.

De Exequutione Sententiae.

1. An condemnatus pecuniariter habeat quadrimestre spatium?
2. An cedere bonis possit?
3. An condemnatus capitis statim puniendus?
4. An mulier praegnans?
5. Quomodo fiat exequutio?
6. Quis Speculator, et an carnifex?
7. An in sacris per speculatorem carnifex intelligendus?
8. Deficiente carnifice, an alicui e plebe hoc iniungi possit?
9. Interdiu sumendum supplicium.
10. An diebus feriatis?
11. De pannicularia.
12. An puniti humari possint sine Principis permissu?

Si reus condemnatus sit in poenam pecuniariam, exequutio sententiae statim fit, nec indulgetur ei quadrimestre spatium, quo gaudent condemnati actione in personam. Quippe, indulgetur id debitoribus humanitatis causa; ut autem reis criminum concedatur, nulla ratio efficit, §. 1. *Inst. de off. iud.*, *L.* 2. *C. de fruct. et lit. expens.*, *L.* 3. *C. de usur. rei iudic.*, *L. pen. C. depos.*, *L.* 5. *C. de custod. reor.* Sed nec cedere bonis condemnari possunt, quicunque enim solvendo non sunt, ne egestate pecuniariam poenam eludant, corporis coercitionem sustinent, *L.* 1. §. *ult. D. de poen.*, *L.* 7. §. *in servos D. de iurisd.*, *L. si qui* 34. *D. de iniur.*, *L. qui aedes* 9. *D. de incendi ruin. naufr.*, *L. ult. C. de sepul. viol.* Itaque et olim repetundarum damnati, si summam, in quam condemnati erant, exsolvere non possent, in vincula publica ducebantur, nisi vades dedissent, ut constat ex Livio *Lib.* XXXVIII. adde eundem *Lib.* III. *c.* XIII.

1 Clar. §. fin. quaest. 98. Covar. 2 resol 1. n. 8. Farin. qu. 26. n. 3.

2

Quod si capitis condemnatus sit reus, aut ut cor- 3

---

denti damnatus qui appellavit, eiusve cognati et amici resistere non veleat. Nec enim publica dici potest, ut falso Auctor autumat, ea vis quam magistratus extra imperii et potestatis limites exercet. Eam potius uti privatus infert, quam opposita vi repellere licet. Consul. hac de re lata oratione disserentem Cl. Albertum de Simoni in *lib. dei delitti di mero affetto par.* II *Cap.* 10.

poris aliquam coercitionem sustineat, illico supplicium de eo sumi iubet. *d. L. 5. C. de custod. reor.* Haec quanquam prima species pugnare, videntur vere tamen pugnantia non sunt. Praeterquam enim quod recentior est *d. L.* 10, promulgata anno Salvatoris ccc. LXXXII., cum altera edita sit anno ccc. LXXX.; etiam verbum *Statim*, quo utitur *d. L.* 5. civiliter accipiendum est, et cum quadam latitudine; ut damnatos nec custodia diuturna maceret, nec tamen ita velox supplicium subducat, quin per dies lege definitos sors et fortuna eorum suspensa maneat. Itaque nec decendium excludit ea vox, intra quod reo damnato ap-
Clar. qu. 96. n. 1. pellare licet ex *Nov.* 23. *cap.* 1., nec biduum, triduum, intra quod appellandum erat olim ante *d. Novellam*, *L.* 1. §. *biduum D. Quand. appell.* Est et
Cui. 20. obs. 32. tertia componendi huius dissidii ratio, qua Cuiacius utitur in *observ. Libris*; nempe quod *L.* 20. dicitur, de non puniendis damnatis ante diem tricesimum, id ad eos duntaxat pertinere, in quos Princeps severius animadverti iussit; ceterum, damnatos a iudice statim ad supplicium abripiendos, iuxta *d. L. 5. de custod. reor.*, et *L. cum rei* 18. *C. de poen.* (1). Utcunque sit, illud nobis certum et iudicatum esse debet, verbum *statim* civiliter esse accipiendum, nec longam existimandam eam moram, quae reo aut ad defensionem innocentiae, aut ad poenitentiam agendam, et placandum precibus Deum, utilissima est. Multa denique calore iudicantium severius decreta,

---

(1) Verissima Cuiacii observatio, quam hic profert Auctor ad *d.* L. 20. Vid. L. 13 C. *Teod. de poen.*, quae erudito commentario illustrata perspicitur a laud. Gothofr. Multa enim eruditione probavit consultissimus Vir laudatam constitutionem Teodos. Imper. esse tribuendam. Rem conficit divus Ambrosius *in fin. ep.* 59. ad ipsum Theod. — *Habes naturae impetum, quem si quis lenire velit cito vertes ad misericordiam: si quis stimulet, in maius exsuscitas, ut vix eum revocare possis: utinam si nemo mitigat, nullus accendat: libenter eum committo tibi, ipse te revocas, et pietatis studio vincis impetum naturae.* Eadem plane ratione de Traiano vino nimis indulgenti scribit Aurelius Victor, ita eundem vinolentiae vitium, quo agebatur prudentia mollivisse, ut curari vetuerit iussa post longiores epulas.

vel modica dilatione interposita emolliri possunt. Et Quintil. de-
id quidem Princeps pro imperio faciet; iudices, quo- clam. 313.
niam sententiam suam retractare non possunt, ad Principem referre debent, *L.* 1. §. *si quis ultro D. de quaest.*, *L. Divi* 27. *D. de poen.* In quem finem, et Tiberio imperante SC. factum, ne decreta patrum ante diem decimum ad aerarium deferrentur, idque vitae spatium damnatis prorogaretur. Specialiter autem Tacit. 3. ann.
et de muliere praegnante cautum, ut ne ultimo suppli- 4
cio adficiatur, quandiu uterum gerit; calamitas enim matris, non debet nocere ei, qui in utero est, *L. Imperator* 18. *D. de stat. hom.*, *L.* 3. *D. de poen.* Qua ratione recte interpretes dixerunt, ne puerperam quidem statim necandam; si puero sit defutura nutrix. Et quod de ultimo supplicio responsum est, recte extendunt ad quamcunque corporis coercitionem, quae foetui gravis et periculosa esse posset; hanc enim ob causam etiam quaestio de praegnante haberi vetatur. *d. L.* 3. Ut merito Claudii Imper. detestanda saevitia sit, quem ne praegnantium quidem supplicio abstinuisse Dion scribit. Quantum ad modum exequendi attinet, ea die, qua iudex animadversurus erat, Dion. lib. 58.
conscenso tribunali, produci damnatos, et per prae- 5
conem lege agi iubebat. Tum lictor nudatos, et virgis caesos securi feriebat. Livius *Lib.* XXVII. *Producti omnes, virgisque caesi, ac securi percuss. Inde citato equo Cales proconsul percurrit: ubi cum in tribunali consedisset, productique Campani deligarentur ad palum, praeconi imperat, ut lege agere iuberet.* Senaca 1. *de ira*, *Procedam in tribunal, non furens et infestus, sed vultu legis: et illa solemnia verba severa magis gravique, quam rabida voce concipiam, et agi iubebo non iratus, sed severus. Et eodem libro: Quid si ille vidisset desilientem de tribunali proconsulem, et fasces lictori auferentem, et sua vestimenta scindentem, quia tardius scindebantur aliena?* Nec tamen eadem semper animadvertendi ratio fuit; multi enim a Triumviris in carcere necabantur alii de saxo Tarpejo deiiciebantur, alii crate iniecte necabantur, suffigebantur nonnulli cruci, ut

passim cum in libris nostris, tum in historiarum mo-
6 numentis observare licet. Novissimo autem iure Magi-
Cui. 6. obs. 33.
stratus, et Praesides provinciarum sententiam per mi-
lites plerunque exequebantur. Speculatores et optio-
nes nominat Ulpianus in *L. 6. D. de bon. damn.*, Ita-
Firmic. lib. 3. cap. 25.
que legendum Cuiacius docet, non enim *spiculato-
res* a *spiculis* dicti sunt, quae manibus gerebant; sed
speculatores, quod in speculis essent. Videntur autem
milites fuisse, qui nudato gladio, ut Firmicus ait,
hominum amputabant cervices. His gradus quidam
assignatur, atque etiam ad primipilum amdmittun-
7 tur *L. 7. C. dè cohortal.* Adiutores eorum optiones Ul-
Cui in l. 7 C. de exact. tribut.
pianus dicit; nam et alioqui optiones dicebantur, quos
duces sibi optabant adiutores; unde auxilia quoque
foederatorem optionis verbo denotari, observat idem
Cuiacius. Quod si verum est, milites fuisse hos spe-
culatores; dubitare possis, rectene viri docti quidam
D. Marci locum, quo ab Herode speculatorem mis-
sum scribit ad interficiendum Joannem, ita interpre-
tentur, ut per speculatorem intelligant carnificem.
Nec enim milites aequo animo tulerint; carnifices se
appellari, cum veteribus adeo vile carnificis nomen
fuerit, ut eum non modo foro, sed et urbis domici-
lio censoriae leges excluserint, teste Cicerone pro *C.
Rabirio*; tantum abest, ut primipilum sperare eis li-
cuerit. Utcunque sit, sive milites fuerint; sive vere
carnifices; illud constat, carnifiicis nomen et olim
sordidum visum, et hodie vilissimum haberi. Non
solum enim Pontificio iure a sacro ministerio arcen-
tur, *c. clericum qui, et c. seq. dist.* 50.; sed et passim
8 moribus ne tribules quidem, aut opifices fieri possunt,
Gomes. 3. c. ult n. 7. Clar. §. fin. q. 91 n. 4. Morn. ed l. ult. §. ult. D. de pign. act.
nedum ut ad honores ullos admittantur. Quod cum
ita sit, non potest, non durissimum videri, quod
a nonnullis traditum est, si carnifex desit, aliquem
ex infima plebe capi posse, cogique ad obeundum vi-
ces eius. Nounc enim plebeius ille Phormionis istud
Suet. in Cl.
iure usurpare posset: *Heus, heus quanta haec mea
paupertas est tamen adhuc curavi unum hoc quidem
ut mihi esset fides?* Et iudici cur permittatur id,
quod ne Claudius quidem Imperator facere sustinuit?

communi persequatur instantius? patiatur tormenta Is enim, eum spectare antiqui moris supplicium Tiburi concupisset; et deligatis ad palum noxiis carnifex deesset; non alicui ex plebe carnificinam iniunxit, sed accitum ab urbe carnificem ad vesperam usque opperiri maluit. Nec ullo sane iure milites, Christum D.N. crucifixuri. Simonem illum Cyrenaeum angariaverunt, ut crucem bajularet. Quanquam iidem Dd. existiment, etiam iumenta privatorum capi posse, ut reus iis impositus ad supplicii locum devehebatur. Cogitandum enim illis fuerat, maiorem nobis constare libertatis et decoris rationem, quam Persis; quorum cursoribus, sicut hodie Turcarum, fas erat cuiusvis equos, vel naves, vel et ipsos homines angariare. Nostris autem moribus expeditionibus bellicae causa angariantur quidem naves privatorum crebro; at ad carnificinam faciendam hominem plebeium adigi, libertas popularis nullo modo patitur.

Est etiam temporis habenda ratio in sumendo supplicio; nam cum poenae infligantur non solum ad emendationem rei, sed et ut exemplo alii a maleficiis deterreantur; consequens est interdiu, non noctu supplicium sumendum esse, Senaca III. *de ira, Quid tam inauditum, quam nocturnum supplicium? cum latrocinium tenebris abscondi soleat; animadversiones, quo notiores sunt, plus ad exemplum emendationemque sufficiunt,* Et 4.*contr.* 25. *Feriatur in foro, omnes videant. Scelus est in convivio damnari hominem etc.* Ac licet diebus feriatis lege agi non possit; non dubitaverim tamen, si id publica utilitas exigat, etiam die sacro supplicium sumi posse. Nam sacris diebus causarum criminalium cognitionem quiescere quidem iubet *L.* 6. *C. de fer.*, veruntamen latrones, in primis Isauros, etiam venerabili Paschae die torqueri pemittit, *L.* 10. *eod.*, adiecta ratione; cum venia numinis id fieri, per quod multorum salus et incolumitas procurator. Et *L.* 3. *C. de apis. aud.* ait: *Euis sacrilego diebus sanctis indulgeat? quis adultero vel stupri incestive reo tempore castitatis ignoscat quis non raptorem virginis in summa quiete et gaudio*

9

10

Vide Clar. S. fin. qu. 79. n. 6.

veneficus, maleficus adulter, violatorque monetae, homicida, parricida, quod fecit, semper expectet etc. Qui locus, quamquam de indulgentia, et abolitione reorum loquitur, non tamen incommode huc transferri potest; ut quemadmodum Paschalis celebritas non prodest graviorum criminum reis, quos puniri publice interest, ad abolitionem; ita nec differat supplicium, si publice intersit reum primo quoque momento e medio tolli.

Sumpto supplicio proxima quaestio de panniculariis
11 est, et sepultura punitorum. Panniculara sunt, ve-
Conf. Mech. stis, qua reus fuit indutus: nummuli, quos victus
tit. 1. §. 11 sui causa in promptu habuit; leves annuli, qui non
Amst. 9.5.9. excedunt pretium aureorum quinque. Ceterum si gemmam magni pretii, vel si quod chirographum magnae pecuniae in sinu habuerit, id in pannicularia ratione non magis est, quam reliqua bona puniti. Haec autem pannicularia non in compendium suum vertere Praesides debent, nec pati, ut iis optiones, vel commentarienses abutantur: sed donare ea officialibus, aut militibus, qui fortiter fecerunt, aut barbaros legationis causa ad se venientes inde munerari, ut scribit Ulpianus in *L. D. Hadrianus D. de bon. damn.* Quo ex loco et obiter intelligimus, qua iuris specie milites vestimenta Salvatoribus nostri crucifixi sibi vindicaverint. Haud dubie enim ea a Pilato, qui pro Praeside tunc provinciae praeerat, donata fuerunt. Quantum ad cadavera punitorum attinet, ea non
12 humantur, nisi fuerit petitum et permissum, *L. 1. D. de cadav. punit.* Intellige a Principe; nam etsi in insulam deportatus ibidem decesserit, non licet inconsulto Principe corpus eius transferre. *L. 2. D. eod.* Conceditur autem non solum cognatis peremti, sed quibus libet petetibus *L. 3. D. eod.* Unde rursum intelligimus, quo iure Iosephus ille Arimathaensis, quanquam nulla cognatione D. N. Christum attingeret, corpus crucifixi a Pilato obtinuerit. Interdum autem ad sepulturam corpora non conceduntur; quid enim si maiestatis damnatus quis sit? quid si famosum latro exempli statuendi causa fur-

ea potius fingendus videatur? Utique iusta negandae sepulturae causa est, *d. L.* 1. *h. tit.*, *L.* 28. §. *famosos D. de poen.* Est et illa iusta denegandae sepulturae causa, si medici secundum cadaver petant; id enim publica utilitate defenditur; nec potest cum iniuria cognatorum coniunctum videri, quod reip. causa fit; *L. quod reip.* 33. *D. de iniur.*, uti Salmanticensem Academiam Carolo V. respondisse Gomesius testatur. Itaque nec petere quidquam pro cadavere a medicis uxor puniti, aut liberi possunt; nisi iudex, ut interdum fieri solet, aliquid numerari iusserit.

Chassan. p. 128.

Gomes 3. resol ult. Clar. §. fin. quaest. 108.

Diximus a Principe petenda corpora punitorum ad sepulturam, sequuti alios, qui id consentaneum existimant, *d. L.* 2. *de cadav. punit.* Non diffiteor tamen, me magnopere dubitare, utrum consequutio ista satis valida sit: Corpora deportatorum trasferri non possunt inconsulto Principe; ergo nec corpora punitorum ad sepulturam concedi, nisi a solo Principe. Nam in *L.* 1. *eod. tit.*, ubi de cadaveribus punitorum agitur, nulla Principis mentio. Pilatus quoque inconsulto Principe corpus Salvatoris nostri Iosepho concessit. Et ut maxime quandoque id obtinuerit, antiquatum tamen recte dixeris constitutione Diocletiani et Maximiani, qui rescripserunt, se non vetare, quo minus supplicio adfecti sepulturae tradantur, *L. obnoxios* 11. *C. de relig. et sumt. fun.* Hac constitutione ius pristinum restitutum videtur iudicibus, quo inconsulto Principe corpora punitorum ad sepulturam concedere poterant. Sed caveant illi, ne pecuniam eo nomine extorqueant; id enim inter alia crimina Verri exprobrat Cicero VII. *Verr.*, *Multi*, inquit, *et graves dolores inventi parentibus et propinquis: multi; veruntamen mors sit extrema; non erit Estne aliquid ultra, quo progredi crudelitas possit? reperietur, nam illorum liberi cum erunt securi percussi, ac necati, corpora feris obiicientur, hoc si luctuosum est parenti, redimat pretio sepeliendi potestatem.* Hactenus Cicero. Quibus non incommode iungi possunt ea, quae Augustinus de pietate defunctorum

corpora sepeliendi disserit, *Lib.* I. *de Civit. Dei cap.* XIII., et Senec. 4. *Controv.* 3. (2).

---

(2) Officium sepeliendi mortuorum cadavera non tam homini quam humanitati, h. e. non tam personae, quam naturae humanae praestatur: *Si terram*, iuquit Seneca *de benef.* 5. 20., *ignota mortuo inieci nullum habeo huis officii debitorem, in publicum humanus.* Vid. cl. Wolf: *iur. nat. par.* VI. *cap.* 5. Ergo et corpora punitorum quominus sepulturae tradantur publica potestas impedire non debet cum officium istud humanitati praestetur; ac illud prohibere vera esset crudelitas. *Nihil* autem *quod crudele, utile. Est enim hominum naturae, quam sequi debemus, maxime inimica crudelitas, ita Cic. Offic. lib.* 3.

INDEX

LIB. XLVIII. DIG. TIT. XIII.

IN TOMO V.

DE ACCUSATIONIBUS

CAP. I.

CAP. II.

CAP. III.

CAP. IV.

CAP. V.

CAP. VI

CAP. VII.

CAP. VIII.

CAP. IX.

CAP X.

CAP. XI.

TIT. XIV.

DE CUSTODIA, ET EXHIBITIONE REORUM

CAP. I.

CAP. II.

TIT. XV.

DE PROBATIONIBUS

CAP. I.

CAP II.

CAP. III.

CAP. IV.

TIT. XVI.

DE QUAESTIONIBUS

CAP. I.

CAP. II.

CAP. III.

CAP. IV.

CAP. V.

TIT. XVII.

DE SENTENTIA ET EIUS EXEQUUTIONE

CAP. I.

CAP. II.

FINIS.